

1. A MORAL UNIVERSAL COMO BASE DO DIREITO POSITIVO DOS POVOS

1.1 Diferença entre o direito internacional² da antiguidade e o direito internacional moderno

No primeiro curso ministrado na Academia de Direito Internacional, o barão Serge A. Korff³, que infelizmente faleceu pouco tempo depois, demonstrou de uma maneira que nos parece definitiva que o direito internacional não é um produto relativamente recente da civilização moderna, como foi admitido sem discussão durante muito tempo. Ao contrário, as pesquisas históricas provam que o direito internacional é tão antigo quanto a civilização de modo geral e que parece realmente ser consequência necessária e inevitável de qualquer civilização.

Entretanto, essas constatações muito importantes segundo as quais o direito internacional conserva constantemente seus princípios característicos, não obstante as mudanças que ocorrem na face da terra⁴, nos obrigam a levar em consideração a diferença fundamental entre o Estado moderno e aquele do passado.

O direito internacional moderno é um sistema unitário. Suas regras, é verdade, não são todas universais. Existem também normas de caráter particular e, entre elas, regras continentais. No entanto, as regras de alcance limitado estão baseadas no direito universal. Existe, portanto, uma verdadeira escala, uma espécie de graduação *entre* os diversos grupos do direito internacional moderno⁵.

O direito internacional da antiguidade compreendia, ao contrário, sistemas totalmente diferentes. Cada civilização deu origem a um direito internacional que lhe era próprio. Havia dispositivos **conformes**, princípios idênticos, e o grande mérito de Korff, como de outros historiadores deste ramo do Direito⁶,

* Artigo especial

** Alfred Verdross nasceu em Innsbrück - Áustria, em 22 de fevereiro de 1890. cursou Direito em Viena, Munique e Lausanne. Doutor em Direito pela Universidade de Viena em 1913. Após ter obtido a qualificação nas funções de juiz em 1916, prestou serviço militar na qualidade de juiz militar, na Corte Suprema de Viena. Entrou para o Ministério das Relações Exteriores em 1918, sendo depois Secretário do Consulado em Berlim. Em 1921, tornou-se livre-docente de Direito Internacional na Universidade de Viena. A partir de 1924, diretor da Revista de Direito Público, editada por Hans Kelsen. Membro do Conselho da Sociedade Alemã de Direito Internacional em 1926. Juiz Suplente junto à Corte Constitucional da Áustria em 1927. De 1958 a 1977, foi juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos. Faleceu em 27 de abril de 1980.

1 Obra original: *Le fondement du droit international*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International, 1927, p. 325-384. Equipe de tradução: Marcelo Dias Varella (coordenador), Amabile Pierroti, Luiza Nogueira e Marlon Tomazette. Agradecemos a gentil autorização de traduzir a obra original à Academia de Direito Internacional de Haia.

2 [n.t.]. O autor usa ora a expressão direitos das gentes, ora a expressão direito internacional. No entanto, ao testar a tradução com os alunos de graduação, foi perceptível que há dificuldade das novas gerações lidarem com a expressão *direito das gentes*. Foi necessário tomar uma difícil decisão: uniformizar os termos para facilitar a compreensão ou manter a expressão original. Como não havia diferenças práticas e não houve prejuízo ao texto, preferiu-se manter apenas a expressão *direito internacional*, exceto em poucos casos.

3 *Recueil des Cours de L'Académie*, T. 1, 1923, p. 5 e seguintes.

4 *Op. cit.* p. 21.

5 A. Alvarez, Prefácio p. 12, da obra de Strupp, *Eléments du droit international public universel européen et américain*, 1927.

6 R. Ward, *An Unquiry into the foundation and history of the law of nations in Europa*, 1795, I; H. Wheaton, *Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amérique*, 1846, I, p. 1 e seguintes. Scala, *Die Staatsverträge des Altertums*, 1898; Phillipson, *The international law and custom of ancient Greece and Rome*, 1911; Raeder, *L'arbitrage international chez les Hellènes*, 1921; N. Niebuhr

consiste na pesquisa dessas normas que, no entanto, não eram regras **universais**.

As origens do direito universal dos povos só se desenvolveram na Idade Média, porque um direito mundial pressupõe a convicção da unidade do gênero humano. Ora, de fato, na Antiguidade havia a Escola dos Estoicos que se elevava a esse patamar. Os estoicos, disse Cícero, “pensam que o mundo é, por assim dizer, uma cidade e uma ‘cidade’ comum aos deuses e aos homens e que cada um de nós é uma parte desse mundo...⁷”. Pensamento análogo é expresso por Sêneca: “Abraçamos duas repúblicas de nosso espírito, uma grande e verdadeiramente pública que encerra os deuses e os homens... outra à qual nosso nascimento nos destinou⁸”.

Para esses autores, também, o problema da humanidade foi somente um problema de moral **individual**. A questão de um direito universal, que rege as relações entre todos os Estados não foi colocada⁹.

A ideia da unidade do gênero humano foi fortemente acentuada pelo Cristianismo, baseado no dogma central, segundo o qual há um só Deus que é Pai de todos os homens e, conseqüentemente, todos os homens são irmãos. Assim, a fraternidade dos seres humanos, a **unidade do gênero humano**, é a base da religião cristã.

Pelo desenvolvimento do cristianismo, essas ideias entraram nos quadros da vida **política**. Entretanto, formaram gradualmente um novo sistema jurídico.

A primeira etapa da realização das ideias de civilização do cristianismo é caracterizada pela **concepção universalista** da Idade Média. Contudo, esse pensamento está ainda inteiramente impregnado do ideal político da Antiguidade, isto é, da ideia de um império universal. Assim, a Idade Média não vê outra forma possível de organização mundial senão a de uma sociedade unida e indivisível, submetida a um poder central. Isto explica a rivalidade entre o Papa e o Imperador, pois ambos aspiravam ao âmbito universal. Cada um baseava-se na pretensa **teoria das duas espadas** que permite dupla interpretação. Partindo da interpretação imperial, havia

a coordenação dos dois poderes porque Deus dera diretamente a espada temporal ao Imperador e ao Papa, somente a espada espiritual. Segundo a interpretação curial, ao contrário, Deus concedeu as duas espadas ao Papa para que ele confiasse uma ao Imperador. Todavia, essa teoria simboliza igualmente a subordinação de todos os outros príncipes cristãos aos poderes centrais dos quais dependiam legalmente, segundo a concepção medieval. A cristandade inteira, portanto, nada mais era do que uma unidade. Formava uma pirâmide das autoridades cujo chefe era o Pontífice romano. Desta forma, a bula *Unam sanctam* de Bonifácio VIII declara que é necessário “para a salvação de toda criatura ser submissa à Santa Sé”.

1.2 A transformação da concepção medieval pela Reforma e o nascimento dos Estados Nacionais

Entretanto, essa comunidade sofreu uma transformação essencial em razão da Reforma e do surgimento dos Estados Nacionais que não reconheceram mais uma autoridade superior. Apesar disso, a concepção universalista foi salva graças aos grandes teólogos católicos da Espanha François de Victoria e F. Suarez¹⁰.

Inicialmente, ampliaram a concepção medieval, substituindo a cristandade unida pelo **gênero humano**. Então, François de Victoria afirma que um Estado é apenas uma parte do mundo inteiro, “que não há senão uma província da república universal¹¹” e F. Suarez escreve que “o gênero humano, embora dividido em povos e em reinos diversos, não é senão uma unidade não apenas específica, mas também, por assim dizer, **política e moral...** é por isso que todo Estado soberano, república ou reinado, embora completo em si mesmo e firmemente assentado, apesar disso, é ao mesmo tempo e de certa maneira, membro deste grande universo no que se refere ao gênero humano¹². É aqui que, pela primeira vez — como bem o observa Koster¹³ —, o Estado organizado é proclamado membro do grande conjunto dos homens, surgindo a ideia de uma comunidade universal dos Estados, cristãos ou não.

Tod, *International arbitration among the Greeks*, 1913; E. Täubler, *Imperium Romanum, Studien zur Entwicklungsgeschichte des römischen Reiches, Staatsverträge*.

7 *De finibus bonorum et malorum*, III, 19.

8 *Ad serenum de Otio*, cap. XXXI.

9 Lange, *Histoire de l'internationalisme*, I, 1919, p. 33 e seguintes.

10 Lange, *op. cit.*, p. 291. Sobre a doutrina de Suarez, ver especialmente: H. Rommen, *Die Staatslehre des Franz Suarez*, 1927, e a justificativa em *Zeitschrift für öffentliches Recht*, VII, 1928, p. 313.

11 *Relectiones theologiae tredecim* (primeira edição, 1557) *Relectio III*.

12 *De legibus ac Deo legislatore*.

13 Koster, *Les fondements du droit des gens*, Bibliotheca Visseriana, t. I, p. 36, 1925.

Da mesma forma, Victoria e Suarez reconheceram que a organização medieval da comunidade internacional era apenas uma forma possível desta, de modo que a comunidade dos estados podia sobreviver em uma **nova** forma, apesar do desmembramento da unidade cristã. A nova organização se distingue da outra pelo fato de que a sociedade internacional da Idade Média tinha uma forma monárquica (aristocrática)¹⁴, enquanto a comunidade internacional moderna nasce sob uma forma democrática.

No primeiro caso, o órgão soberano da sociedade internacional é uma única pessoa, o Pontífice romano, cuja autoridade não dependia absolutamente dos príncipes subordinados. No segundo caso, a vontade suprema reside na própria comunidade internacional. Ela é, portanto, criada pelo **consentimento dos membros da comunidade internacional**.

Victoria fala de regras jurídicas que foram instituídas por um consentimento universal¹⁵. Suarez declara expressamente que as nações podem criar direitos comuns, seja por um tratado universal,¹⁶ seja pelo costume internacional¹⁷. Em outra passagem, afirma que o direito criado pela autoridade de todas as nações só pode ser suprimido por um consentimento geral¹⁸.

O conjunto dessas regras forma o *Jus gentium* no sentido restrito do termo, isto é, o direito internacional. Suarez vê claramente que a expressão *Jus gentium* compreende duas noções diferentes: “De um lado, é o direito que todas as nações devem observar **entre elas**; de outro, é o direito que cada um observa em seu território, mas que, em razão da semelhança e da conformidade, se chama também *Jus gentium*”¹⁹. Portanto, este último é um

direito nacional uniforme de todos os Estados civilizados. Contudo, o primeiro, o direito *Inter gentes*, é o direito da comunidade internacional.

Pela concepção desse direito, a ruína do sistema medieval não sepultou a sociedade internacional; apenas sofreu uma revolução completa em sua organização, porque a concepção do direito internacional se opunha ao pensamento moderno da liberdade ilimitada, da soberania absoluta dos Estados.

Essa concepção do direito internacional, portanto, é apenas o último fruto do grande pensamento universalista da Idade Média que inspirou todos os célebres fundadores dessa ciência, não somente Victoria e Suarez, mas também Grotius. Este, por sua vez, fala da sociedade do gênero humano que abraça os diversos povos,²⁰ assim como de um direito tendendo à utilidade dessa grande comunidade²¹.

Entretanto, esse consentimento geral não pode ser o fundamento supremo do direito internacional. Os fundadores dessa ciência não têm dúvida alguma a respeito porque o consentimento geral, que não é senão um acordo expresso ou tácito entre os membros da comunidade internacional e, como tal, é apenas um fato. No entanto, uma obrigação não pode derivar senão de uma norma, ponto de um fato como tal. Se, portanto, sustentamos que os Estados são obrigados pelo consentimento geral, pressupõe-se já um princípio de ordem superior que obriga os membros da comunidade internacional a se conformarem às regras criadas pela vontade comum. Esta regra é o princípio que a palavra dada deve ser mantida. O princípio *pacta sunt servanda* é, para Suarez²² assim como para Grotius, a própria base do direito internacional positivo. Grotius confessa no prólogo²³ de sua obra principal *De jure belli ac pacis* e o repete ainda no final da obra: “A fidelidade a manter naquilo que se prometeu é o fundamento não somente de todo Estado particular, mas também dessa grande sociedade de nações”²⁴.

14 Suarez, *De triplici virtute theologica*, IX, s. 7, n. 7: “Potestas universalis in totam Ecclesiam per se non residet in tota aliqua hominum congregatione aut multitudine sed in uno tantum homine, quod est discere, Ecclesiae regimen esse Monarchicum”.

15 Lange, *op. cit.*, p. 276.

16 *De legibus ac Deo legislatore*, III, cap. III, n. 6: “quasi communi foedere et consensione”.

17 *Op. cit.*, II, cap. xix, n. 9 “aliqua specialia jura potuerunt usu... gentium introduci. Nam sicut in una civitate vel provincia consuetudo introducitur jus, ita in universo humano genere potuerunt jura gentium moribus introduci”.

18 *Op. cit.*, II, cap. xix, n. 8 “... jus commune omnium nationum et omnium auctoritate... introductum non sine omnium consensione tolli potest”.

19 *Op. cit.*, II, cap. xix: “addo vero ad majorem declarationem duobus modis dici aliquid de jure **gentium, uno modo** quia est jus quod omnes populi... **inter se** servare debent, alio modo quia est jus quod singulae civitates... **intra se** observant, per similitudinem autem et convenientiam jus gentium appellatur”.

20 *De jure belli ac pacis*, p. § 24: “... illa (communitas), quae genus humanum aut populos complures inter se colligat”.

21 *Op. cit.*, p. § 18: “Sicut cujusque civitatis jura utilitatem suae civitatis respiciunt ita inter civitates ex consensu jura quaedam nasci potuerunt, et nata apparet, quae utilitatem respiciunt non coetum singularum sed *magnae illius universalitatis*. Et hoc jus est quod jus gentium dicitur”.

22 *Op. cit.*, II, cap. XVIII, n. 19.

23 *Op. cit.*, § 15.

24 *Op. cit.*, III, cap. XXV: “Fide enim non tantum res publica

De que natureza, devemos perguntar, é a regra *pacta sunt servanda*? A esta questão capital Suarez e Grotius respondem sem hesitação: Esta regra é um princípio do **direito natural** que é o conjunto das regras de que se reconhece a evidência pela luz do espírito²⁵.

O direito natural, aliás, nada tem em comum com a natureza que as Ciências Naturais analisam: nada mais é que uma **parte da moral universal**. Suarez e Grotius, portanto, distinguem claramente entre a moral e o direito positivo dos povos, mas veem, mesmo assim, que a base do direito positivo dos povos reside na primeira.

A concepção universalista predominou aproximadamente até o começo do século XIX. Foi sustentada pela maior parte dos juristas desse tempo, entre outros, por Pufendorf, Leibniz, Zouche, Rachel, Bynkershoek, Thomasius, Christian Wolff²⁶ e ainda por Kant.

1.3 Reação aos excessos da escola do direito natural a partir de Grotius, Pufendorf e Hobbes

Entretanto, ao final do século XVIII, vislumbra-se uma mudança radical na ciência do direito internacional. A causa primeira dessa revolução deve ser atribuída à doutrina do positivismo absoluto, que nega o direito natural como base do direito positivo dos povos, visto que nega o próprio direito natural. Essa teoria é uma reação contra os excessos da escola do direito natural a partir de Grotius, representada por Pufendorf e seus sucessores, que acreditavam que é possível deduzir todas as normas do direito internacional das regras do direito natural. Já o filósofo inglês Hobbes dividiu o direito natural entre o direito natural do homem e aquele dos Estados. “Os preceitos de ambos são os mesmos; mas como os Estados, uma vez estabelecidos, assumem as qualidades pessoais dos indivíduos, esse direito que chamamos de direito natural, quando aplicado a indivíduos, que se chama direito internacional quando é aplicado às nações ou povos inteiros²⁷”.

Pufendorf adere a essa opinião, confessando que não reconhece outra espécie de direito internacional, voluntário ou positivo, que tenha a força da lei propriamente dita²⁸.

Esse ataque contra o direito positivo dos povos era, na verdade, rejeitado por uma parte da doutrina, sobretudo pelo célebre jurista holandês Bynkershoek e por S. Rachel, professor em Kiel; ambos sublinhavam a importância fundamental do direito positivo dos povos, restringindo o direito nacional aproximadamente ao papel que lhe era designado pela doutrina clássica.

A visão geral de Bynkershoek é expressa em seu comentário ao leitor da obra *Quaestionum juris publici libri duo* (1737), onde diz entre outras coisas: “No direito internacional, autoridade alguma pode prevalecer contra a razão; no entanto, quando a razão é incerta, como frequentemente é o caso, este direito deve ser julgado a partir do **uso quase constante** (*Ex perpetuo fere usu*). Muitas coisas fizeram outrora parte do direito internacional e, atualmente, já não o fazem. Os tratados, por exemplo, não são mais válidos em nossa época se não houver ratificação, embora os negociadores estejam munidos de plenos poderes de seus governos; antes, assim o era. Sirvo-me, portanto, de preferência, de exemplos e de tratados recentes mais do que dos antigos, porque desejo que meu trabalho seja de utilidade prática”. E continua: “Não nego absolutamente que a autoridade possa dar peso à razão, mas prefiro buscar essa autoridade em um uso constante de conclusão dos tratados... e nos exemplos que ocorreram em um país ou outro do que no testemunho dos poetas e dos oradores gregos ou romanos que são verdadeiramente os piores professores do direito público. Dou mais importância à autoridade daqueles que dirigem os negócios públicos sob os olhares do mundo e que aprenderam a sabedoria em acontecimentos passados. Eles têm o hábito de concluir tratados conforme a **prática das nações**. Não é que eu me incline diante deles quando não estão apoiados na razão, mas quando de seu lado está, eu lhes atribuo mais valor que a um monte de poetas e de oradores²⁹”.

quaelibet continetur... sed et major illa gentium societas».

25 Suarez, *op. cit.*, II, cap. VII, n. 4: “Omnia praecepta se principia moralia quae **evidenter habent honestatem necessariam ad rectitudinem morum, ita ut opposita moralem inordinationem seu malitiam evidenter contineant**”. Grotius, *op. cit.*, cap. IX, § 1: «Jus naturae est dictamen rectae rationis».

26 Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, 1923, p. 25 e seguintes.

27 *De cive*, cap. XIV, § 4.

28 *De jure naturae et gentium*, 1672, II, cap. III, §23: *Elementa jurisprudentiae*, 1666; §24-26: «Jus gentium nihil aliud est quam jus naturae, quotenus illud inter se summo imperio nom connexae gentes diversae observant, quae eadem invicem suo modo officia praestenda, quae singuli per jus naturae praescribuntur... Praeter hoc nullum dari jus gentium arbitramur, quod quidem tali nominae possit designari».

29 J. Westlaic, *Etudes sur les principes du droit international*, traduzido do inglês por E. Nys, 1895, p. 75 e seguintes.

Suarez e Grotius, é verdade, já haviam feito distinção, como já vimos, entre o direito natural e o direito positivo dos povos, mas sua ciência de um direito positivo dos povos era mais um programa do que uma realidade, porque eles não elucidaram o costume internacional de seu tempo. Ao contrário, Bynkershoek começa, conforme Zouche³⁰, Textor³¹ e Vattel³², a analisar a prática moderna em suas relações recíprocas e extrair delas regras costumeiras.

Entretanto, teoricamente o adversário mais forte de Pufendorf era Rachel que foi o primeiro a reconhecer o engano principal do pensamento de Pufendorf. Este rejeita os tratados internacionais como fonte de direito positivo dos povos, pois acredita que sejam apenas fatos aos quais se aplica o princípio do direito natural de observar os pactos³³. A isto Rachel responde que precisamente sobre essa base podem ser desenvolvidas regras jurídicas, assim como um grau subordinado a este princípio³⁴. Rachel considera que as regras do direito formam uma pirâmide de normas subordinadas e superior-

denadas entre elas, como apresentaremos mais tarde³⁵.

Bynkershoek e Rachel demonstram uma tendência para o positivismo jurídico sem duvidar, entretanto, que a base do direito positivo dos povos reside no direito natural.

Ao contrário, Moser desacreditou a própria base do direito positivo dos povos. Descarta inteiramente os princípios do direito natural. “Não escrevi um direito escolástico dos povos, baseado na aplicação da jurisprudência natural, como ela é ensinada por seus mestres, para regular a conduta das nações consideradas como seres morais; realmente não escrevi absolutamente um direito filosófico dos povos construído a partir de certas noções fantásticas da história e da natureza do homem; enfim, não escrevi de forma alguma um direito político dos povos, no qual visionários como o abade de Saint-Pierre moldaram o sistema da Europa a seu bel prazer. Descrevo o direito internacional que **existe na realidade**, ao qual os Estados soberanos se conformam regularmente”.³⁶ Consequentemente, Moser dedicou-se à pesquisa dos exemplos modernos daquilo que ocorrera em geral nas relações entre os Estados; na escolha desses exemplos, começa na época da morte do imperador Carlos VI, em 1740. A ciência do direito internacional - escreve - deve tornar-se uma espécie de arquivo do Estado³⁷. Não tem ela outro objetivo senão o de construir as regras desenvolvidas pelo uso das nações. Moser não enfoca, portanto, nada mais que a experiência dos precedentes que nos mostram o que é a prática internacional.

Para justificar essas opiniões, Moser pergunta-se qual é este direito natural de que se fala tanto. É o direito natural de Grotius ou aquele de Hobbes? Entretanto, mesmo se fosse possível descobrir os verdadeiros princípios da justiça, estes seriam sem importância para a ciência do direito internacional, porque a tarefa dessa ciência não é a de julgar os Estados, mas apenas de descrever a realidade dos assuntos internacionais. Eu não sou - diz Moser - senão um viajante que se contenta em descrever aquilo que viu sem criticar os fatos observados³⁸.

30 R. Zouche, *Juris et judicii feialis, sive juris inter Gentes, et quaestionum de eodem explicatio*, 1650.

31 J. Wolfgang Textor, *Synopsis juris gentium*, 1680, cap. I: “Jus naturae descendit immediate a ratione naturali, jus gentium autem mediante gentium exercitio...”

32 Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires de Nations et des Souverains*, 1758.

33 Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, 1. II, cap. III, § 23, 1672: “Et quod non nemo ad jus gentium quoque referre instituit peculiariter convenit duorum pluriumque populorum, foederibus et pacificationibus definiri solita, id nobis plane incongruum videtur. Et si enim illis stare lex naturalis de servanda fide jubet, legum tamen et juris vocabulo valde improprie veniunt. Et praeerea infinita ac magna parte temporaria sunt. Quin nec magis partem juris constituent, quam pacta singularum civium...”

34 Rachel, *De jure naturae et gentium dissertationes*, 1676, Dissertatio altera XCI, p. 307 de l'édition des *Classics of international law*, par l'Institut Carnegie: “Sicuti enim ne quidem Natura, ita nec legislatores omnibus negotiis causisque certam juris normam praefiniverunt; adeoque quam libertatem Natura Legislatoribus permisit, ut hi actiones jure naturae non comprehensas legibus latis determinare queant eandem libertatem privati ab utrisque habent, ut sibi invicem per pacta, jure naturae aut legibus civilibus non adversa, leges dicere itaque se adstringere possint. Et magis etiam nobis favet... jus gentium esse quod utilitatem suarum respectu consensus gentium libere constituit et ab hoc plane diversum jus Naturae facit”, p. 39 e seguintes: “Uti vero certum est, gentes et civitates quae sunt tales, primario etiam inter se juris naturalis debere esse observantes; ita quoque certissimum esse ostendit cum ratio tam experientia, quod plurima inter illas negotia intercedere queant quae a jure naturae nullam determinatum obligationem, sed demum ex illarum libero consensu et pacto acceperint...” Sobre a doutrina de Rachel ver Verdross, *op. cit.*, p. 27 e 43 e Rühlmann, Samuel Rachel, *der Bahnbrecher des völkerrechtlichen Positivismus*, Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht, XXXIV (1925), p. 1-112.

35 Cap. V.

36 *Versuch des neuesten europäischen Völkerrechts in Friedens und Kriegzeiten*, 177, I, p. 17.

37 *Op. cit.*, p. 14.

38 Sobre a doutrina de Moser, ver artigo de Verdross: „J.-J. Moser Programm einer Völkerrechtswissenschaft der Erfahrung“ na *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, III, 1922, p. 96 e seguintes.

Neste trecho já se pode encontrar o pensamento da teoria do positivismo jurídico, desenvolvido um século mais tarde por Bergbohm³⁹. Todavia, particularmente no âmbito da ciência do direito internacional, o mérito incontestável de Moser consiste no fato de ter acentuado bem mais que Bynkershoek e Rachel a importância fundamental do estudo escrupuloso da prática internacional moderna e das regras que daí derivam. Foi ele que libertou definitivamente essa ciência das puras especulações, direcionando-a para a realidade dos documentos trocados entre os ministros das relações exteriores⁴⁰.

Contudo, é evidente que tal teoria não responde melhor a questão do fundamento do direito internacional; apenas objetiva o fato desse direito, fechando os olhos diante do problema do **dever** dos Estados em suas relações recíprocas. Consequentemente, não é surpreendente que a questão do fundamento do direito internacional surja novamente no século XIX. Entretanto, a teoria da qual nos iremos ocupar agora não se vincula absolutamente à doutrina de Suarez e de Grotius; é um ponto de partida inteiramente diferente que ela aceita. Isto porque a base da teoria desenvolvida era a concepção universalista da unidade moral do gênero humano; o dado primário da nova teoria, ao contrário, é o Estado **isolado**. É, portanto, como veremos, uma teoria extremamente individualista.

A causa primeira dessa mudança é realmente a teoria de um positivismo ilimitado. Isto pelo fato de que, desenraizando o direito natural, foi derrubado o grande pilar sobre o qual repousava inteiramente, até aqui, o edifício do direito internacional. No entanto, com o direito natural ameaçou-se igualmente a concepção universalista que encontrou seu fundamento precisamente no pensamento de uma justiça universal que não se aplica somente às relações entre os particulares, mas também às relações entre os Estados.

Ora, tendo essa base sido rejeitada pela doutrina positivista, é natural que tenha buscado um novo pilar sobre o qual poderia fundamentar o direito internacional. E essa base **segura e incontestável** acreditou tê-la encontrado no Estado **particular**, no Estado **isolado**.

2. A TEORIA DA AUTOLIMITAÇÃO DO ESTADO E A DOUTRINA DA PRIMAZIA DO DIREITO NACIONAL

2.1 O problema da validade dos tratados internacionais na jurisprudência romana

Como vimos no capítulo anterior, a questão do fundamento do direito internacional público é essencialmente um problema da ciência do direito internacional **moderno**. No entanto, sob certo ponto de vista, esse problema era já conhecido na Antiguidade que se encontrava também diante do problema da **validade**, da força obrigatória dos tratados internacionais. A jurisprudência romana resolveu a questão da seguinte maneira: um ato jurídico concluído entre a Urbe e outro Estado era considerado como um *nudum pactum*, isto é, que a execução dependia da boa vontade de Roma. Contudo, todo compromisso internacional tornava-se irrevogável se fosse *sacrosanctum*, sancionado por um juramento entre as partes contratantes. Por esse juramento, cada Estado se submetia à punição de seus deuses no caso de ruptura do pacto em questão. Essa sanção chamada *execratio*, que se tornou um elemento característico dos tratados internacionais, compunha-se de dois atos paralelos: cada Estado se comprometia com seus próprios deuses a observar rigorosamente as decisões concluídas com o outro Estado⁴¹. O tratado, portanto, não era fundamentado numa base comum; ao contrário, derivava de duas fontes inteiramente distintas.

É nesse procedimento do espírito romano — que confirma o talento jurídico desse grande povo — que se pode encontrar a origem, ainda que pouco conhecida, da famosa doutrina da autolimitação dos Estados. Tal doutrina, muito disseminada no século XIX, supõe a existência de Estados isolados, não unidos em uma comunidade internacional. Consequentemente, não há regras superestatais que regem as relações mútuas dos povos organizados. Entretanto, se uma ordem superior falhar, o tratado internacional não pode senão estar fundamentado no direito nacional das partes contratantes. Cada Estado encontra em si mesmo o fundamento de seus compromissos.

Entretanto, essa teoria da autolimitação dos Estados, com certeza o ponto de partida da construção romana do tratado internacional, não era capaz de satisfazer in-

39 *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892.

40 Van der Vlugt, *Recueil des Cours de l'Académie du droit international*, 1925, II, t. 7 da coleção, p. 492.

41 Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, 1887, p. 235, 249 e seguintes.

teiramente os jurisconsultos da antiguidade. Constatavam claramente que um Estado que se liga apenas por seu próprio direito pode também desligar-se de seus tratados internacionais quando bem lhe aprouver. Procuraram, então, completar a autolimitação pela obrigação de cada Parte contratante em relação a sua divindade⁴².

O ato internacional dividia-se, portanto, em dois compromissos, e cada um consistia em um tratado entre um Estado e seus deuses em favor do outro Estado⁴³.

Essa construção engenhosa do tratado internacional como *pactum in favorem tertii* nos mostra que a antiguidade já reconhecia a necessidade de fundamentar os tratados internacionais sobre uma base acima da vontade do Estado. Entretanto, não podia resolver o problema porque não encontrava uma base comum, igualmente superordenada pelas partes contratantes.

Apesar disso, a teoria da autolimitação dos Estados ressuscitou no início dos tempos modernos, e isto se explica claramente pelo fato de que essa doutrina é inevitável para todos aqueles que negam a existência de regras superiores à vontade dos Estados. Essa doutrina se fundamenta principalmente na filosofia do direito do célebre filósofo Hegel que, nesse assunto, tinha um predecessor no pensador solitário Spinoza.

2.2 A doutrina de Spinoza. A teoria de Hegel. A influência dessa teoria sobre a ciência do direito internacional

Para Spinoza as concepções direito e poder são sinônimas. O direito de cada um equivale a seu poder⁴⁴. Esta opinião é consequência do pensamento panteísta de Spinoza, para quem cada coisa é uma parte do poder divino que nada mais é do que a natureza. Como é evidente que o Deus todo-poderoso tem direito sobre tudo, o direito de Deus equivale, portanto, a seu poder. Isto é verdadeiro também para os Estados, tanto para o âmbito interno como para a esfera internacional. Num caso como no outro, o direito do Estado se estende até os limites de seu poder⁴⁵. Seu cumprimento é a lei su-

prema⁴⁶; também os compromissos internacionais estão subordinados a essa regra. O Estado pode, portanto, livrar-se de um tratado internacional caso seu interesse assim o determine⁴⁷. Contudo, esse direito absoluto do Estado cessa quando seu poder é abalado por um concerto internacional. Então, cada Estado deve inclinar-se diante da vontade geral dos Estados. Se o Estado perder seu poder absoluto, estará igualmente privado de seu direito ilimitado⁴⁸.

Pensamento semelhante é encontrado na filosofia do direito de Hegel, para quem o espírito objetivo, isto é, Deus se encarna no Estado. Então, se o Estado é a encarnação do Absoluto, sua vontade é o poder absoluto sobre o mundo⁴⁹. Todo direito decorre dessa fonte, tanto o direito nacional como o direito internacional⁵⁰. O Estado pode, então, concluir tratados internacionais, mas mesmo assim permanece o senhor, porque a relação entre Estados, diz Hegel, é a relação que seres independentes estabelecem *inter se*, mas que perduram mesmo assim acima dessas cláusulas⁵¹. Portanto, a vontade do Estado continua superior a seus próprios compromissos.

Entretanto, essa doutrina não deve ser interpretada isoladamente. Ao contrário, é preciso enquadrá-la no sistema universal para descobrir o verdadeiro pensamento hegeliano.

Ora, o princípio fundamental de Hegel é o *método dialético*. Segundo esse método, o espírito objetivo coloca-se inicialmente em “tese”, opõe-se em seguida em “antítese” para chegar finalmente à “síntese”⁵². Portanto, o espírito objetivo está em movimento. Deve atravessar a “tese” e a “antítese” para chegar à “síntese”. Finalmente, chega. Em nossa ordem de ideias, a “tese” é a soberania absoluta do Estado. Entretanto, à soberania de um opõe-se em “antítese” a soberania absoluta dos outros Estados. Disto nasce necessariamente uma luta

42 Täubler, *Imperium Romanum*, I, 1913, p. 128.

43 Verdross, Die gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Völkerrechtstheorie, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, XVI-II, 1925, p. 473 e seguintes. Do mesmo autor *Die Verfassung Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, p. 12 e seguintes.

44 *Tractatus Politicus*, cap. II, § 3º e seguintes.

45 *Op. cit.* cap. III, § 2º, § 11.

46 *Op. cit.* cap. III, § 14.

47 *Op. cit.* cap. III, § 14, § 17.

48 *Op. cit.* cap. III, § 16. Sobre a doutrina de Spinoza, ver também A. Menzel “Spinoza und das Völkerrecht” na *Zeitschrift für Völkerrecht*, II, 1908, p. 17 e seguintes; H.H. Lauterpacht “Spinoza and international Law” na *British year book of international Law*, VIII, 1927, p. 89 e seguintes, e A. Verdross “Das Völkerrecht im Systeme Von Spinoza” na *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, VII, 1927, p. 100 e seguintes.

49 *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*, 1821, § 331.

50 *Op. cit.* § 336.

51 *Op. cit.* Zusätze, point 191 ad §330.

52 Richard Kroner, *Von Kant bis Hegel*.

entre os Estados, porque cada um procura submeter os outros a sua vontade. No entanto, também essa “tese” e essa “antítese” serão finalmente superadas por uma “síntese” que não é outra coisa senão a *comunidade internacional*. Assim, a soberania dos Estados isolados dá lugar àquela da família das nações.

É verdade que o próprio Hegel não extraiu claramente essas consequências de seu ponto de partida. Nem mesmo resultam necessariamente de seu método dialético que não é um método estático, mas dinâmico⁵³.

Observamos, então, um desenvolvimento bastante notável. Os pensamentos de Spinoza, assim como os de Hegel iniciam pela afirmação da vontade absoluta do Estado particular, negando a existência de um direito internacional superestatal, para abrir-se enfim à soberania da comunidade internacional.

Entretanto, a doutrina dos juristas do último século [século XIX] não interpretava o sistema de Hegel segundo o método dialético e somente considerava a “tese” da soberania absoluta do Estado. Detinha-se apenas nas palavras de Hegel, sem penetrar-lhe o espírito. Lia o sistema do mestre a partir de um método estático, esquecendo-se de que cada pensamento de Hegel deve ser comentado segundo o método dinâmico que nos ensina que cada “tese” é oposta a uma “antítese”, superada por uma “síntese”.

Assim, o pensamento primordial de Hegel foi esquecido ou negligenciado, mas seus termos permaneceram e exerceram enorme influência sobre a ciência do direito internacional. Tal influência foi desastrosa para essa ciência, como também para o direito internacional em si. Pütter fundamenta o direito internacional sobre a vontade do Estado, seguindo a “tese” de Hegel⁵⁴. Foi ele o primeiro jurisconsulto moderno que formulou nossa teoria da autolimitação, da auto-obrigação dos Estados. Essa doutrina foi, em seguida, particularmente desenvolvida por Georges Jellinek⁵⁵.

A teoria moderna da autolimitação sustenta a tese segundo a qual o direito internacional encontra seu fun-

damento na vontade do Estado *isolado*, mas permanece, apesar de tudo, obrigatória, porque o Estado é capaz de vincular a si mesmo. Adota, portanto, o mesmo ponto de partida de Spinoza e Hegel, mas não tem a coragem de extrair as mesmas consequências lógicas, isto é, que um direito internacional baseado unicamente na vontade do Estado deixa de ser obrigatório pela simples mudança dessa vontade. Tal doutrina quer também conciliar duas teses inconciliáveis: de um lado, a soberania absoluta do Estado e do outro, a obrigação dos Estados pelo direito internacional. No entanto, esses esforços são inúteis, porque toda obrigação de uma vontade supõe, como discutiremos mais adiante, a existência de uma *regra superior* a essa vontade⁵⁶.

A explicação apresentada pela teoria da autolimitação do Estado não é, portanto, muito satisfatória. Se a regra jurídica é apenas o produto de uma vontade livre, no fundo, não é obrigatória: permanece à disposição dos Estados que a criaram, visto que, cessando de querê-la obrigatória, podem não a levar em consideração. O que a vontade faz, uma vontade contrária pode desfazer⁵⁷.

A teoria da autolimitação do Estado foi admitida particularmente na Alemanha. No entanto, a doutrina francesa dos direitos fundamentais mostra um ponto de partida análogo.

“Os jurisconsultos franceses haviam tentado — diz Douguit⁵⁸ — fundamentar o direito internacional em uma concepção consideravelmente semelhante à concepção individualista sobre a qual se persistia em fundamentar o direito interno. Todos os Estados, diziam, são pessoas iguais e soberanas, como todos os homens são indivíduos iguais e autônomos. Todos os Estados podem exercer livremente sua atividade soberana interna e externamente... Entretanto, ainda que o indivíduo, no exercício de sua atividade autônoma, deva respeitar a autonomia dos outros, da mesma forma o Estado, no exercício de sua soberania independente, deve respeitar

53 P. Vogel, Hegels Gesellschaftsbegriff, *Ergänzungsbefte der Kant-Studien*, n° 59, 1925, p. 86. Ver também B. Marius Telders, *Staat en volkenrecht, proeve van rechrivaardiging van Hegels volkenrechtsleer*, Leiden, 1927, e o resumo de C. Baak na *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, VII, 1927, p. 137.

54 Ver Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, 1847.

55 *Die rechtliche Natur der Sittenverträge* (1880). Ver também Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, 1877.

56 Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 7 e seguintes; Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920); N. Politis, Le problème des limitations de la souveraineté, dans le *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1925, I, p. 5 e seguintes, 6° volume da coleção; Kunz, La primauté du droit des gens, dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, 1925, n° 4 e 5; W. Suklennicki, *La souveraineté des Etats en droit international moderne*, 1927, p. 168 e seguintes.

57 Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, 1927, p. 21 e seguintes.

58 *Traité de droit constitutionnel*, 3ª edição, I, 1927. La règle de droit. Le problème de l'État, p. 715 e seguintes.

a independência soberana dos outros Estados... Cada Estado tem direitos fundamentais que pode exercer, mas com a condição de respeitar os direitos fundamentais dos outros Estados”. Buscou-se, portanto, fundamentar o direito objetivo internacional sobre o direito subjetivo de soberania estatal.

Como destaca Douguit: “Entretanto, essa teoria dos direitos fundamentais dos Estados repousa sobre um círculo vicioso. De fato, a fim de que uma personalidade qualquer possa ter direitos subjetivos, é preciso que esteja em relação com outras personalidades; é preciso que haja uma sociedade submetida a um direito objetivo. Se uma personalidade está isolada, não pode ter direitos... Não se pode, portanto, explicar o direito objetivo internacional senão pela existência de direitos subjetivos fundamentais dos Estados, uma vez que esses direitos somente podem existir se houver uma sociedade dos Estados submissa a um direito objetivo”.

Ao contrário, existem autores que permanecem fiéis à “tese” de Hegel e, conseqüentemente, afirmam que o Estado não está mais vinculado a seus compromissos quando seu conteúdo já não corresponde a sua vontade⁵⁹. No entanto, também esses autores veem exclusivamente a “tese” de Hegel e negligenciam a “síntese”.

2.3 A doutrina da primazia do direito nacional. A vontade do Estado

A última fase da doutrina da autolimitação dos Estados é a teoria da primazia do direito nacional. Traduz em termos jurídicos o pensamento da primeira doutrina que era concebida numa linguagem, sobretudo política. Assim, a teoria da autolimitação fala da “vontade” do Estado. A teoria da primazia do direito nacional, ao contrário, diz claramente que a “vontade” de um Estado – que não é uma pessoa real, mas um grupo social unido por regras jurídicas – não é uma vontade real, uma vontade psicológica, mas uma *vontade jurídica*; isto é, a vontade do Estado é aquela de uma ou mais pessoas que o direito declara como vontade do Estado.⁶⁰ Dizer

que o Estado “quer” alguma coisa equivale, pois, a um julgamento segundo o qual seu direito nacional designa uma determinada ação como vontade do Estado. O Estado “quer” conseqüentemente a mesma coisa que seu direito “quer”. *A vontade do Estado é a vontade de seu direito.*

Ora, se devemos procurar a vontade do Estado em sua ordem jurídica, toda a esfera de atividade do Estado, mesmo seu âmbito internacional, está baseada em seu direito nacional. Se afirmamos que a vontade do Estado é juridicamente absoluta, devemos outorgar a primazia ao direito nacional.

Com efeito, essa teoria procura a base do direito internacional nos dispositivos das constituições nacionais que autorizam os chefes de Estado a concluir tratados internacionais⁶¹.

A partir dessa doutrina, as constituições nacionais instituem duas fontes de normas jurídicas: a lei para o direito interno e o tratado para o direito internacional.

Num primeiro momento, tal construção parece capaz de atingir seu objetivo. No entanto, um exame aprofundado demonstra que está errada. Sem dúvida, seria possível fundamentar uma grande parte do direito internacional sobre os dispositivos constitucionais em questão; entretanto, há também normas do direito internacional que se opõem a essa construção e, inicialmente, à regra segundo a qual as obrigações de um Estado não deixam de existir mesmo depois de uma mudança revolucionária da forma de Estado ou de sua constituição. Todas essas alterações não têm influência *do ponto de vista do direito internacional*. O Estado permanece *internacionalmente* o mesmo.⁶² Não há absolutamente regras do direito internacional que sejam mais seguras do que esta.

também seu curso ministrado na Academia de direito internacional: ‘Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public’: *Recueil des Cours*, 1926, IV, p. 231 e seguintes.

61 Verdross, *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1914, p. 329 e seguintes. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920; Wenzel, *Juristische Grundprobleme*, 1920, p. 397 e seguintes; Henrich, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, t. V, 1926, Viena, p. 308 e seguintes; Weyr, *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXXIV, 1915, p. 236 e seguintes; Wittmayer, *Zeitschrift für Völkerrecht*, XIII, 1925, p. 1 e seguintes; Nawiasky, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, 1920. Ver também sobre a doutrina bolchevista do direito internacional sobre a base da primazia do direito interno: Korovine, como Mirkine-Guetzevitch, na *Revue générale de droit international public*, XXXII, 1925, p. 292 e seguintes e página 323 e seguintes, bem como os artigos de M. Kunz, *Sowjetrussland und das Völkerrecht*, na *Zeitschrift für Völkerrecht*, XIII (1926), p. 580 e seguintes e de M. Hrabar, *Das heutige Völkerrecht vom Standpunkte eines Sowjetjuristen*, na mesma revista, XIV (1927), p. 188 e seguintes.

62 Hall-Higgins, *Treatise on international law*, 8ª edição, 1924, p. 20.

59 Lasson, *Prinzip und Zukunft des Völkerrechts* (1871); A. Bonucci, *Il Fine dello Stato* (1915), p. 85 e seguintes, p. 92; “Permanecerá a convenção internacional embora sempre expressão da atual vontade jurídica do Estado observante. Em cada caso, e com isto voltamos ao ensinamento de Hegel, não exprime outra vontade senão aquela do Estado disposto a observá-la”.

60 Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911; do mesmo autor: *Aperçu d'une théorie générale de l'État* (tradução francesa por Ch. Eisenmann), 1927. Extrait de la *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, outubro/novembro de 1926, p. 8 e seguintes;

Assim, o artigo 10 da Constituição do Peru declara “nulos os atos daqueles que usurpam funções ou que adquirem empregos sem terem preenchido as formalidades previstas pela Constituição ou pelas leis”. Contudo, a Corte permanente de arbitragem de Haia decidiu em um litígio entre o Peru e a França, em 10 de outubro de 1921: “Levando em consideração que importa pouco que uma lei peruana tenha declarado nulos (os atos de um governo revolucionário)... essa lei não pode ser contrária aos estrangeiros que agiram de boa-fé⁶³”. Do mesmo modo, a decisão do tribunal arbitral de Lausanne, de 05 de julho de 1901, em uma desavença entre a França e o Chile dispôs: “O usurpador que detém de fato o poder com o consentimento expresso ou tácito da nação agiu e concluiu validamente em nome do Estado tratados que o governo legítimo restaurado é obrigado a respeitar⁶⁴”...

Quando das revoluções da Inglaterra de 1649 e de 1688, nem Cromwell nem Guilherme d’Orange repudiaram os compromissos resultantes dos tratados concluídos pelos Stuart, e os Stuart restaurados reconheceram a validade dos tratados concluídos por Cromwell. A República francesa também reconheceu os tratados concluídos pelo regime monárquico,⁶⁵ e o ministro das relações exteriores da França rejeitou em 1834 a proposta de um deputado para declarar nulos os tratados do regime napoleônico. “É preciso dizer-lhe – disse o ministro – em honra da Restauração, [se este fosse o caso], jamais esse argumento foi seriamente empregado amplamente... nós iríamos enrubescer⁶⁶”...

Essa regra deve ser considerada como geralmente reconhecida a partir da Conferência de Londres de 1831, que declarou que “Os tratados não perdem seu poder, sejam quais forem as mudanças que poderiam intervir na organização interior dos povos⁶⁷”. Uma declaração conjunta da França e da Grã-Bretanha, de 28 de março de 1918, repetiu que “Nenhum princípio é melhor estabelecido do que aquele a partir do qual uma nação é responsável pelos atos de seu governo, sem que uma troca de autoridade afete as obrigações incorridas⁶⁸”...

O mesmo princípio foi reconhecido pela decisão do árbitro Taft, em 18 de outubro de 1923, no litígio Tino-co entre a Grã-Bretanha e a Costa Rica⁶⁹, assim como pelo árbitro E. Borel, em 18 de abril de 1925, a propósito da divisão das anuidades da dívida pública turca. Nessa sentença arbitral, Borel diz: “Em direito internacional, a república turca deve ser considerada como continuação da personalidade do império otomano. É neste ponto de vista que evidentemente o Tratado (de Lausanne) se situa, como provam os artigos 15, 16, 17, 18 e 20 que não teriam sentido algum se, aos olhos das Altas Partes contratantes, a Turquia fosse um Estado novo, assim como o Iraque ou a Síria”.

Essa prática constante foi coroada agora pela decisão da Corte Permanente da Justiça Internacional, de 25 de julho de 1926, relativa a certos interesses alemães na Alta-Silésia e que diz expressamente: “Em relação ao direito internacional... as leis nacionais são simples fatos... assim como as decisões judiciais ou as medidas administrativas⁷⁰”.

Ora, é evidente que a regra segundo a qual a autoridade do direito internacional não é abalada em caso de mudança revolucionária da Constituição do Estado não pode ter sua base na teoria da primazia do direito nacional. Isto porque, segundo essa construção, o direito internacional existiria e cessaria de ser obrigatório com base na Constituição do Estado, assim como qualquer outra regra jurídica fundamentada unicamente em uma regra da Constituição do Estado deixa de vigorar se a Constituição, à qual está ancorada, desaparece. Portanto, se existem regras do direito internacional que sobrevivem às Constituições de Estado, estas devem ter outro fundamento além da Constituição. Entretanto, se é impossível basear o direito internacional *inteiramente* sobre o direito nacional, a teoria da primazia do direito nacional é inaceitável. Por este motivo é que abandonei, há quase dez anos, minha “primeira construção da primazia do direito nacional⁷¹”.

Apesar disso, tentou-se um último esforço para salvar essa doutrina moribunda. Disseram que foi solicitada pelo artigo 4º da nova Constituição alemã, assim como pelo artigo 9º da Constituição Federal da Repú-

63 *Revue générale de droit international public*, XXIX, 1922, p. 275 e seguintes.

64 *Idem*, p. 278 e seguintes.

65 Fauchille, *Traité de droit international public*, 1922, t.1º, p. 338 e seguintes.

66 Larnaude, *Revue générale de droit international public*, XXVIII, 1921, p. 446 e seguintes.

67 Martens, *Nouveau recueil général*, X, 1826-1838, p. 197 e seguintes.

68 Fauchille, *op. cit.*, t. I, p. 342.

69 *American Journal of International law*, XVIII, 1924, p. 147 e seguintes. Ver também Kunz no *Wörterbuch des Völkerrechts*, II, p. 605 e seguintes.

70 Embargo nº 7, p. 19.

71 Verdross, *Die Völkerrechtswidrige Kriegerhandlung und der Strafspruch der Staaten*, 1920, p. 110, nota 79.

blica da Áustria, artigos que dispõem que as regras geralmente reconhecidas do direito internacional formam uma parte do direito nacional⁷². Todavia, é fácil refutar tal argumento.

Inicialmente, esses artigos têm unicamente como objetivo obrigar os órgãos de Estados e seus sujeitos a se conformarem às regras do direito internacional comum sem precisar aguardar uma ordem especial do Estado que transforma caso a caso as regras do direito internacional em regras do direito interno⁷³. Isto porque, regularmente, as normas do direito internacional não se dirigem *diretamente* senão aos Estados para obrigá-los a tomar as medidas necessárias para torná-las executórias no âmbito do direito interno. Entretanto, a partir do direito internacional, os Estados têm a escolha de editar tais normas executórias em cada caso ou ordenar mediante uma regra geral, uma vez por todas, que os órgãos sejam obrigados a aplicar as regras do direito internacional⁷⁴.

De fato, os diversos sistemas jurídicos estatais variam neste tema. Quanto aos tratados internacionais, podemos constatar três tipos principais. Conforme o primeiro tipo, o tratado internacional tem também uma fonte do direito interno, coordenada pelas leis. O tratado internacional tem, portanto, força de lei. Também o capítulo IV, parágrafo 2º da Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, dispõe: “A presente Constituição e as leis que os Estados Unidos estabelecerem para si, assim como todos os tratados concluídos ou a concluir sob a autoridade dos Estados Unidos serão a lei suprema do país⁷⁵”. A última alínea do artigo 113 da Constituição Federal da Suíça, de 29 de maio de 1874, declara igualmente: “... o tribunal federal aplicará as leis votadas pela assembleia federal e os embargos desta assembleia que têm um alcance geral. Igualmente se conformará aos tratados que a Assem-

bleia Federal tiver ratificado”. A coordenação das leis e dos tratados internacionais está igualmente inscrita na nova Constituição Federal da Áustria (art. 50). Este primeiro tipo de constituições de Estados ordena, portanto, de modo geral, que os tratados internacionais que se destinam ao Estado sejam igualmente obrigatórios para seus órgãos e seus sujeitos. Essas disposições transformam assim, de uma vez por todas, o direito internacional convencional em direito interno.

O segundo tipo é representado pelo direito da Alemanha, segundo o qual os tratados com os Estados estrangeiros que se referem a objetos que pertencem ao âmbito da legislação recebem a aprovação do Parlamento na forma de uma lei propriamente dita.

Entretanto, existe ainda outro tipo para a execução dos tratados internacionais, que remonta ao artigo 68 da Constituição da Bélgica, de 07 de fevereiro de 1831, e que divide os tratados internacionais em três categorias: 1. Os tratados validamente concluídos unicamente pelo chefe do Estado, o rei; 2. Os tratados de comércio e aqueles que poderiam onerar as finanças do Estado ou vincular individualmente os belgas, que não têm efeito senão após ter recebido o consentimento das Câmaras; esse consentimento, porém, não necessita de uma lei no sentido formal; 3. Os tratados sobre as cessões, as trocas ou as adjunções de territórios, que não podem ocorrer senão em virtude de uma lei formal.

A Constituição da Bélgica, que foi a primeira constituição democrática após a queda de Napoleão, exerceu grande influência. Foi seguida inicialmente pelo artigo 8º da Constituição Francesa e, em nossos dias, pelo parágrafo 64 da Constituição Tcheca. Contudo, a interpretação desses dispositivos não é uniforme⁷⁶. Segundo a prática francesa, por exemplo, um tratado internacional que se refere às matérias legislativas tem força de lei, mesmo se a aprovação da Câmara não tenha ocorrido por uma lei no sentido formal⁷⁷. A jurisprudência tcheca, ao contrário, é de opinião que um tratado internacional aprovado pelo Parlamento deve ainda ser transformado em uma lei formal para torná-lo obrigatório diante dos tribunais do Estado⁷⁸.

72 Wittmayer, *op. cit.*, p. 12 e seguintes.

73 Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 111 e seguintes.

74 Verdross, Welche Bedeutung haben zwischenstaatliche Verträge für die innerstaatliche Gesetzgebung? Na *Verhandlungsschrift des zweiten deutschen Juristentages in der Tschechoslowakei*, Brünn, 1925, p. 232 e seguintes. Ver também Wenzel, *op. cit.*, Kunz, *Annalen des Deutschen Reiches*, 1923, p. 309 e seguintes; G.A. Walz, *Die Abänderung völkerrechtsgemässen Landesrechts*, 1927, R.A. Métall, Das allgemeine Völkerrecht und das Innerstaatliche Verfassungsrecht, *Zeitschrift für Völkerrecht*, XIV (1927) p. 161 e seguintes. Do mesmo autor: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, VII (1928), p.308.

75 Vide igualmente o artigo 31 da Constituição da República Argentina: “A presente Constituição, as leis... os tratados concluídos com as nações estrangeiras formam a lei suprema da nação...”.

76 Ver Pitamic, *Parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Oesterreich*, 1915.

77 Michon, *Les traités internationaux devant les Chambres*, Paris, 1901.

78 *Die Rechtsprechung*, herausgegeben vom Verband österr. Banken und Bankiers, Wien, 7. Jahrgang, 1925, n° 3, p. 37 e seguintes; *Prager Juristische Zeitschrift*, 1925, p. 129 e seguintes.

Portanto, constata-se que há diversos caminhos para fazer penetrar as regras dos tratados internacionais no âmbito do direito interno. Os Estados têm, é verdade, a obrigação de regulamentar a execução dos compromissos internacionais; no entanto, têm escolha entre vários modos de execução.

Ora, o artigo 4º da Constituição Alemã, como o artigo 9º da Constituição Federal da República da Áustria não são nada mais do que tais dispositivos executórios. Entretanto, eles não se referem absolutamente, como os dispositivos das Constituições que acabam de ser analisadas, ao direito internacional convencional particular, mas ao direito *geral* dos povos. Portanto, em vez de editar em cada caso especial as leis executórias exigidas pelo direito comum dos povos, os artigos obrigam os órgãos e também os sujeitos a se conformarem em cada caso às regras que o direito internacional contém atualmente ou que ele, um dia, desenvolverá. O mesmo princípio é reconhecido pela jurisprudência da Grécia⁷⁹. De resto, ocorre apenas repetir a velha e célebre fórmula anglo-americana: “international law is a part of the law of the land”.

De fato, seu sentido é controverso⁸⁰. Entretanto, está fora de dúvida que a doutrina anglo-americana distingue igualmente a obrigação do Estado diante do direito internacional daquela dos órgãos e sujeitos. Assim sendo, a Declaração dos Direitos e Deveres das Nações, proclamada em 1916 pelo Instituto Americano de Direito Internacional, fala no artigo 6º de duas esferas de validade do direito internacional para com os Estados no âmbito interno⁸¹.

Em todos os casos, os artigos em questão que contêm apenas uma ordem geral endereçada aos órgãos e aos sujeitos não sonham absolutamente, como a teoria da primazia do direito nacional, fundamentar os compromissos internacionais do próprio *Estado* sobre seu direito constitucional. De resto, tal intenção não teria importância, visto que o direito internacional sobrevive à Constituição do Estado, como já discutido anteriormente.

A teoria da primazia do direito nacional deve, portanto, ser definitivamente rechaçada.

3. A VONTADE COLETIVA DOS ESTADOS COMO BASE DO DIREITO INTERNACIONAL E O RENASCIMENTO DA DOUTRINA CLÁSSICA

3.1 - A vontade coletiva dos Estados a partir de Spinoza

A crítica da primazia do direito nacional não é somente um resultado negativo; mostra-nos também o caminho que se deve seguir para resolver nosso problema. Spinoza escreve que a vontade de um Estado é suficiente para provocar uma guerra, mas a situação de paz supõe ao menos a vontade de dois Estados juntos⁸². O direito de paz, diz ele, está, portanto, baseado em uma vontade coletiva dos Estados⁸³.

Essa teoria foi retomada no final do século XIX, notadamente pelo renomado professor alemão Triepel⁸⁴, que divide com Hegel e Spinoza o ponto de partida filosófico: a vontade como base do direito. “Uma regra jurídica, escreve Triepel, é o conteúdo de uma *vontade* superior às vontades individuais... A formação da regra jurídica é também uma declaração de *vontade*, declaração a partir da qual qualquer coisa deve tornar-se um direito... No direito interno, a fonte de direito é em primeiro lugar a vontade do próprio Estado. Além disso, na esfera das relações entre Estados, a fonte de direito não pode ser senão *uma vontade emanando de Estados*. É evidente que essa vontade, que deve ser obrigatória para uma pluralidade de Estados, não pode pertencer a apenas um Estado... Entretanto, se a vontade de algum Estado particular não pode criar um direito internacional, pode-se imaginar apenas uma coisa: que *uma vontade comum*, nascida da união dessas vontades particulares, torna-se capaz de cumprir essa tarefa... Consideramos como um meio de constituir tal unidade de vontade, a *Vereinbarung*, termo usado na doutrina alemã para designar a verdadeira união de vontades e distingui-las de contratos que são acordos de várias pessoas para declarações de vontades de um conteúdo oposto”⁸⁵.

Essa passagem de Triepel constitui uma crítica penetrante e totalmente justa à doutrina da autolimitação

79 *Journal du droit international*, 5º ano, 1926, p. 775 e seguintes.

80 Ver: Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899; Wenzel, *op. cit.*; W. Kaufmann, *Die Rechtskraft des Internationalen Rechtes*, 1899; Kunz dans le *Wörterbuch des Völkerrechtes*, I, p. 793 e seguintes.

81 *American Journal of international law*, 1916, p. 215. Ver na mesma revista: XX, 1926, p. 444 e XXI, 1927, p. 308.

82 *Op. cit.* Cap. III, § 13.

83 *Op. cit.* Cap. III, § 15-16.

84 *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, tradução francesa por Brumet, Paris (1920). Ver também D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, 1901.

85 *Recueil des Cours de l'Académie*, T.1, 1923, p. 82 e seguintes.

do Estado. Vê claramente que o direito que provém de um só Estado não pode ser um verdadeiro direito internacional. Um único Estado não pode, portanto, criar senão um “direito público externo”. Por este motivo, Triepel solicita para qualquer regra jurídica do direito internacional a vontade comum de vários Estados, que se manifesta por um *Vereinbarung*, isto é, por tratados-leis. Tal regra não pode também ser modificada ou anulada senão por outro tratado-lei.

Contudo, de que natureza é essa *vontade comum dos Estados*? Que vínculo é capaz de unir as vontades isoladas dos Estados e transformá-las em uma vontade coletiva?

Para resolver esta questão, é necessário lembrar-se do que expusemos no capítulo precedente, isto é, que a vontade do Estado não é um fato extrajurídico que a experiência nos demonstra como tal. Pelo contrário, é um fato *jurídico*, isto é, um fato qualificado por regras jurídicas. Brevemente: a vontade do Estado é a vontade de uma ou mais pessoas que o *direito* declara como vontade do Estado. Ocorre que mesmo a vontade comum dos Estados não é uma realidade encontrada pela observação. É igualmente um fato *jurídico* que supõe uma regra segundo a qual uma vontade oriunda de certas pessoas é declarada como vontade dos Estados. Ora, o direito que contém essa regra pode ser o direito nacional ou o direito internacional. Todavia, se a vontade comum dos Estados era formada a partir de uma regra do direito nacional, a primazia do direito nacional renascia. Retorna-se, então, a uma teoria energeticamente rechaçada até mesmo por Triepel.

Se, ao contrário, desejarmos evitar essa consequência, não há outra escolha senão a de reconhecer pelo menos *uma regra* superior à vontade dos Estados que os vincula juntos. Apenas supondo a existência de tal norma é que uma vontade comum à qual os Estados particulares estão subordinados é concebível. Se a vontade de um Estado isolado não é senão a vontade de um órgão declarado pelo direito nacional como vontade do Estado e se a vontade de outro Estado é também a vontade de um órgão declarado como vontade do Estado por seu direito nacional, a vontade comum dos Estados não pode ser outra coisa senão a vontade dos órgãos que uma regra superior à vontade dos Estados particulares declara como tal.

Entretanto, supondo tal regra de ordem superior, retorna-se a uma velha doutrina, fundada pelos célebres precursores de Grotius, desenvolvida pelo próprio Gro-

tius e por seus sucessores. Portanto, vê-se que a doutrina da vontade coletiva dos Estados, não mais que a teoria da primazia do direito nacional, não é capaz de fundamentar o direito internacional. As duas desmoronam numa crítica imanente, mas a crítica nos demonstrou também que essas teorias, se nos esforçarmos para extrair delas as consequências, abrirão elas mesmas a porta para a doutrina da primazia do direito internacional. Por seu fracasso, é para essa doutrina que preparam o terreno.

3.2 A soberania de Krabbe. O direito como base da vontade do Estado

Ao longo das últimas décadas, produziu-se uma reação sempre crescente contra a doutrina internacionalista do século XIX. Foi preparada inicialmente pelo sábio holandês Krabbe que, mediante uma crítica profunda e decisiva, reverteu a própria base da velha concepção. Tal concepção, sabemos disso, procura fundamentar o direito internacional na vontade do Estado, seja de um único Estado, seja de vários Estados juntos. Krabbe nos mostra de forma engenhosa que tal vontade de Estados, superior ao direito, nada mais é do que pura ficção à qual a realidade não corresponde⁸⁶. Na verdade, não existem senão vontades de seres vivos, de *homens*. A pretensa vontade do Estado não pode ser outra coisa senão uma junção de vontades humanas. Entretanto, se nos perguntarmos se as vontades humanas formam a vontade do Estado, veremos claramente que, falando de uma vontade do Estado, se supõe uma regra jurídica preexistente autorizando determinadas pessoas a agirem em nome de uma coletividade de homens unidos por regras jurídicas. Assim, não se pode fundamentar o direito sobre a vontade do Estado; ao contrário, deve-se basear a vontade do Estado sobre o direito.

Esse pensamento foi desenvolvido ainda por meu mestre e compatriota, o Professor Kelsen⁸⁷, assim como na França pelo renomado jurisconsulto Léon Duguit⁸⁸. Estes sábios ensinam que “a vontade do declarante não é jamais a causa criadora do efeito jurídico; a declaração de vontade é somente a condição à qual se subordina o nascimento do efeito jurídico determinado pela regra

86 *Die Lehre von der Rechissueränität*, 1906; do mesmo autor: *De moderne staatsidee*, 1915 (em holandês) e *Die moderne Staatsidee*, 1919.

87 *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911.

88 L. Duguit, *La règle de droit. Le problème de l'État*, 1923, p. 280.

jurídica⁸⁹”, “não é absolutamente a declaração de vontade a causa criadora da situação jurídica consecutiva a um ato jurídico qualquer; na realidade, não é senão a condição da aplicação de uma norma jurídica”. “O ato jurídico não pode em si produzir seu efeito jurídico, pois não é senão a *condição* de aplicação do direito objetivo⁹⁰”. Qualquer vontade jurídica pressupõe, portanto, uma regra jurídica, a partir da qual a declaração de vontade de certas pessoas está ligada a uma consequência jurídica. Não é a vontade como tal que cria direitos; ela não pode fazê-lo senão em virtude de uma regra jurídica preexistente que ordena obedecer a essa declaração de vontade. Nem a vontade do legislador, nem a vontade das partes contratantes constituem a fonte suprema do direito, visto que essas vontades só obrigam quando fundadas em uma regra que estabelece serem obrigatórias as declarações dessas vontades.

Reconhece-se, portanto, que a validade de cada regra jurídica deve depender em último caso, não de uma vontade, mas de outra regra da qual provém⁹¹, porque o direito apresenta — como bem observa Kelsen — a “particularidade de regulamentar sua própria criação; uma regra jurídica determina como outra regra será estabelecida; nesse sentido, a segunda depende da primeira. É este vínculo de dependência que une entre si os diferentes elementos de uma ordem jurídica que é seu princípio de unidade. A validade de uma norma jurídica baseia-se precisamente sobre a norma que regulamenta sua criação; uma norma é válida se colocada conforme aquela que é em relação a ela uma norma superior⁹²”. O sistema de direito consiste, assim, em uma pirâmide de normas que são entre si, sejam coordenadas, sejam sub e superordenadas.

Entretanto, que regra constitui o topo desse edifício? É evidente que não pode ser também uma norma jurídica se denominamos normas jurídicas as regras que derivam de uma vontade jurídica. De que outra natureza é, portanto, a norma suprema da hierarquia das normas jurídicas?

3.3 A norma de origem hipotética de Kelsen e Anzilotti

Para Kelsen⁹³ assim como para Anzilotti⁹⁴, notável juriconsulto italiano e juiz na Corte Permanente de Justiça Internacional, essa regra é apenas suposta, uma hipótese científica que garantiu a unidade do sistema do direito.

A pretensa “norma de origem” não é uma verdadeira norma ou norma fundamental, mas uma regra puramente suposta, uma regra hipotética que serve para construir o sistema de direito.

Essa ideia de uma norma fundamental hipotética foi combatida por Triepel, que sustenta que essa hipótese não é absolutamente melhor que sua doutrina da vontade coletiva dos Estados. Se nós derivamos o direito de uma vontade, diz ele, nos é preciso fazer compreender, é verdade, de onde essa vontade extrai sua força obrigatória. Todavia, responder a essa questão com uma resposta não jurídica, fundamentar a validade do direito sobre fatos psicológicos, por exemplo, sobre o sentimento dos sujeitos estarem ligados por quaisquer motivos, pela vontade da comunidade, vale tanto quanto professar a ideia de uma norma fundamental hipotética⁹⁵.

Contudo, esse pensamento desconhece a diferença essencial entre as duas doutrinas. A teoria da norma de origem hipotética tem por objetivo fundamentar o direito sobre uma norma objetiva, totalmente independente da vontade dos sujeitos às quais ela se destina. Se, ao contrário, Triepel busca fundamentar o direito no sentimento dos sujeitos, a base do direito torna-se absolutamente subjetiva. Portanto, caso falhasse o sentimento de estar vinculado, as regras do direito cairiam.

Triepel vai contra a razão quando declara que a norma fundamental hipotética não é senão pura ficção⁹⁶. A teoria da norma fundamental hipotética tem como objetivo fundamentar o direito sobre uma regra objetiva, e isto é o progresso devido a essa doutrina, mas na realidade, ela baseia o direito sobre a ficção de tal regra.

Kelsen, assim como Anzilotti, fala — é verdade — de uma hipótese e acredita que a suposição de uma regra hipotética se torna legítima pelo método das ciências da

89 *Idem*, p. 561.

90 L. Duguit, *La règle de droit. Le problème de l'Etat*, 1921, I, p. 259. Sobre as teorias de Kelsen e Duguit, ver os artigos de Kunz e de Tasic na *Revue internationale de la théorie du droit*, Brünn, 1º ano, 1926-1927.

91 Ver igualmente Perassi, na *Rivista di diritto internazionale*, XI, 1917, p. 195 e seguintes, p. 285 e seguintes.

92 *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, loc. cit., p. 28. Do mesmo autor: *Die Idee des Naturrechts, dans la Zeitschrift für öffentliches Recht* (Viena), VII (1928), p. 221 e seguintes e *Recueil des Cours de l'Académie*, 1926, IV, p. 263 e seguintes.

93 *Op. cit.*, p. 26 e seguintes.

94 *Corso di diritto internazionale*, 1923, p. 40 e seguintes.

95 *Op. cit.*, p. 87.

96 *Op. cit.*, p. 87.

natureza que se servem também das hipóteses científicas. Entretanto, existe uma diferença essencial entre as hipóteses das ciências experimentais e a regra hipotética no âmbito jurídico, pois as hipóteses das ciências da experiência são apenas antecipações da experiência⁹⁷. Cada hipótese dessas ciências não é outra coisa que uma lei hipotética que deve ser justificada pela experiência. Essas hipóteses não são senão solicitações da experiência. O sábio interroga a natureza ou a vida social: determinado fenômeno pode ser explicado por uma determinada lei? A natureza ou a vida social respondem sim ou não, por intermédio da experiência.

Ora, Kunz considera que da mesma forma, no âmbito jurídico, a escolha da hipótese de origem não depende da vontade arbitrária do sábio, mas do conteúdo do sistema jurídico positivo⁹⁸. Entretanto, esquece que, conforme a teoria de Kelsen, todas as regras do direito positivo *dependem* em última análise da norma de origem hipotética. É dessa hipótese e somente dela — diz Kelsen — que resultam a unidade da ordem jurídica e o caráter jurídico de todos os atos jurídicos⁹⁹. A norma fundamental hipotética é, então, a base suprema do direito que institui as fontes do direito positivo. Não se pode, portanto, escolher — como Kunz acredita — a regra hipotética em correspondência com o direito positivo, porque este não existe senão *em virtude* dessa hipótese. Desse ponto de partida, Kelsen apenas extrai as consequências lógicas quando sustenta a tese de uma escolha possível entre a hipótese da primazia do direito internacional e a da primazia do direito nacional. Com efeito, se a existência de regras positivas depende da norma fundamental hipotética, é impossível demonstrar a existência das regras superestatais a todos aqueles que aceitam como norma fundamental a regra de obedecer à Constituição de um determinado Estado isolado.

No entanto, qual é a causa da diferença essencial entre a norma fundamental hipotética no âmbito jurídico, de um lado, e as hipóteses das ciências experimentais, de outro? Segundo minha opinião, consiste no fato de que as hipóteses dessas ciências devem e podem ser verificadas pela experiência, enquanto a norma hipotética não é em hipótese alguma demonstrada pela realidade. É bem possível também, no campo jurídico, questionar se os

homens aos quais as regras se destinam conformam-se a elas. Este fato, entretanto, não prova absolutamente *o dever* de conformar-se a elas, não confirma a predição de que os indivíduos agirão de uma determinada maneira, porque o fato de uma determinada conduta humana não responde à questão: os homens *devem* conformar-se a determinadas prescrições? Responde apenas à questão: os indivíduos conformam-se a uma determinada predição? Somente a esta questão é que a experiência responde sim ou não, mas não garante absolutamente que os homens *devem* agir como eles agem realmente. Desta forma, o método da comprovação está reservado às regras da experiência e não pode ser aplicado às regras jurídicas, porque seu sentido não expressa determinada regularidade que pode ser demonstrada pela experiência, mas uma prescrição, uma obrigação, um dever cuja existência não está de forma alguma provada pelo simples fato de que determinada conduta humana é regularmente observada.

Consequentemente, é preciso distinguir claramente as regras *normativas*, isto é, as regras que expressam aquilo que deve ser e as regras que não expressam senão uma *regularidade* seja da natureza, de um lado, seja da vida social, de outro. De resto, é evidente que cada regularidade da vida social não é uma observância de uma regra jurídica.

Todavia, se a regra fundamental hipotética não é de forma alguma demonstrável pela experiência, não é uma hipótese no sentido restrito do termo, mas um *axioma* cuja verdade deve ser provada por *outro* método que aquele de que se servem as ciências experimentais.

Com efeito, outros sábios se voltaram diretamente para a velha teoria do direito natural. Entre eles, figuram teólogos como Cathrein, Mausbach e Shilling, assim como sábios leigos como L. von Bar, L. Nelson, Le Fur, Ebers cujas teorias, é verdade, se assemelham sob o ponto de vista crítico às teorias que foram expostas, mas diferem daquelas admitindo verdadeiras normas objetivas acima e independentes de toda vontade humana.

Da primeira categoria, citarei apenas Mausbach¹⁰⁰ que professa: “Há um direito natural acima dos Estados; há princípios para o direito internacional que não podem ser modificados” e, seguindo Liszt, que aceita a regra *pacta sunt servanda* como a própria base do direito internacional, Mausbach pergunta: “Esta primeira nor-

97 J. Petzoldt, *Das Weltproblem vom Standpunkte des relativistischen Positivismus*, 1912, e notadamente Vaihinger, *Die Philosophie des Als-ob*, 5ª e 6ª edição, 1920.

98 *La primauté du droit des gens*, loc. cit.

99 *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, loc. cit., p. 27.

100 *Völkerrecht und Naturerecht*, 1918, p. 88 e 112.

ma é o resultado do direito costumeiro ou dos tratados internacionais”? E ele mesmo responde: “Certamente que não, mas neste caso reconhecemos um princípio geral do direito natural como fundamento do direito internacional”.

Por outro lado, L. von Bar¹⁰¹, L. Nelson¹⁰² e Ebers¹⁰³ procuram basear o direito internacional no princípio da justiça universal. Louis Le Fur constata também que o Estado não cria o direito¹⁰⁴; rechaça a doutrina autonomista que faz o direito internacional apoiar-se inteiramente na vontade do Estado. Essa teoria, afirma, não tem base; na realidade, apoia-se sobre uma petição de princípio, a ideia da força obrigatória dos contratos impondo-se à vontade do Estado. Isto supõe a existência preliminar de uma *lei moral superior* ao Estado e que lhe impõe o respeito à palavra dada¹⁰⁵.

Essas citações são suficientes para reconhecer que a doutrina clássica do direito internacional, sobretudo a de Suarez e de Grotius, renasce.

Entretanto, o objetivo final de nossa tarefa ainda não foi atingido, porque subsiste a objeção fundamental da teoria positivista contra qualquer ideia do direito natural. Conforme essa objeção, o pretensão direito natural não é senão um sentimento subjetivo da justiça que varia conforme as civilizações e as circunstâncias. O erro da teoria do direito natural, dizem, é precisamente confundir o direito com a moral e a política, que devem estar separados claramente, porque a jurisprudência pode apenas analisar o conteúdo do direito positivo sem ter a competência de examinar se essas regras são ou não justas.

A inauguração de tal *actio finium regundorum* entre a jurisprudência de um lado e a ciência da moral de outro é um mérito incontestável da doutrina positivista, sobretudo dos teóricos K. Bergbohm¹⁰⁶ e Kelsen¹⁰⁷ que, como já vimos, no âmbito do direito internacional já contavam com um predecessor, J. J. Moser¹⁰⁸. Seus es-

forços tendiam a purificar a jurisprudência, não o direito, como se acreditava erroneamente¹⁰⁹, de todos os acessórios psicológicos, sociológicos, políticos e éticos para coroá-lo com uma jurisprudência *pura*, isto é, com uma ciência que trate somente o conteúdo do direito positivo sem criticá-lo.

Entretanto, como um maratonista que, para atingir seu objetivo o ultrapassa frequentemente, assim a doutrina positivista foi muito longe na luta legítima contra a mistura das categorias éticas e jurídicas. Tem muita razão em pretender que o direito positivo seja um valor diferente da moral, mas tal diferença não é *absoluta*, é *relativa*.

Como todo direito positivo supõe a ideia da justiça, não é senão uma tentativa mais ou menos bem sucedida aplicar essa ideia às circunstâncias¹¹⁰. O *sentimento* da justiça, é verdade, varia conforme as pessoas e os períodos da história. Entretanto, isto não impede de forma alguma que a justiça como tal seja um valor objetivo e absoluto, independente da vontade e do sentimento dos homens, pois não foi o homem que criou as regras da justiça, pode apenas constatá-las. Esses princípios existem numa *esfera ideal* como as verdades matemáticas que, da mesma forma, são absolutamente independentes do fato de seu conhecimento ou reconhecimento pelos homens. Deve-se, portanto, distinguir nitidamente as regras objetivas da justiça ideal do sentimento subjetivo da justiça que é apenas um meio para reconhecê-las.

O conhecimento desses princípios, de fato, é extremamente difícil e só conquistado muito lentamente com o desenvolvimento da civilização. Para reconhecer todas as regras da justiça, seria necessário abraçar de forma absoluta o campo inteiro da atividade humana à qual elas se aplicam¹¹¹. No entanto, como cada homem percebe apenas uma parte mais ou menos restrita dessa atividade, o sentimento de justiça varia igualmente. Assim, conciliam-se dois fenômenos que parecem inconciliáveis, a saber: um, que todos estamos convencidos de reconhecer de modo evidente em determinado momen-

101 *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, VI, 1912, p. 145 e seguintes.

102 *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917.

103 *Mitteilungen der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 7, 1928, p. 8 e seguintes.

104 *Philosophie du droit international*, Extraído da *Revue générale du droit international public*, 1921.

105 *Op. cit.*, p. 4.

106 *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892.

107 *Op. cit.*

108 *Op. cit.*

109 Ratzenhofer, *Österr. Gerichtszeitung* (Viena), 1923, p. 129 e seguintes.

110 Stammer, *Die Lehre vom richtigen Recht*; Nicolau Hartmann, *Ethik.*, 1926, p. 59; W. Burckhart, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 1927, p. 14 e seguintes; B. Horvath, *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Viena), VI, 1926, p. 107 e seguintes.

111 L. Strisower, Discurso de abertura pronunciado na sessão do Instituto de Direito Internacional em Viena, *Annuaire de l'Institut*, 1924, p. 81.

to aquilo que é justo; outro, que esses julgamentos de diversos homens não estão sempre em harmonia. Por vezes, um considera justo aquilo que o outro condena.

Da mesma forma, a pluralidade dos sistemas morais parece opor-se à consciência de cada um deles ser o único na posse dos verdadeiros princípios, fato que induziu o Positivismo a pretender que essa consciência não é senão uma quimera e que, na verdade, há somente regras morais subjetivas.

Todavia, a escola filosófica denominada fenomenológica resolveu criativamente o problema que parece ser antinômico, demonstrando que a tese de **uma** ética objetiva e aquela de sistemas morais diferentes não são contraditórias, porque cada sistema moral pode apenas abarcar uma determinada parte do mundo objetivo das ideias éticas, negligenciando as demais. Essa limitação de nossa consciência dos valores (*Enge des Wertbewusstseins*) explica o fato de que um sistema moral aceita como valor supremo uma ideia que outro sistema não vê absolutamente ou à qual não reconhece senão uma categoria subordinada diante de uma ideia superior que foi omitida pelo outro sistema¹¹².

Entretanto, há também ideias éticas que cada civilização reconhece. Assim, o barão Kaorff, do qual já falamos, demonstra que, no âmbito do direito internacional, “sempre existiu uma predominância marcante de ideias ou de concepções *morais*; estas ideias triunfam sobre a força brutal, as dominam e as controlam firmemente¹¹³”. Entre essas ideias figura o princípio fundamental das relações internacionais que foi sempre e por toda a parte o mesmo, isto é, a santidade das obrigações e dos contratos internacionais. A este respeito, diz Kaorff, jamais houve uma diferença em que essas obrigações tenham sido consideradas vinculando o Estado impessoal ou seu principal representante, o rei ou o soberano¹¹⁴. A força obrigatória de todas essas obrigações internacionais permaneceu exatamente a mesma desde os tempos de Ramsés ou Murdoc, de Péricles ou de Cícero até nossos dias¹¹⁵. Essa ideia era exatamente a mesma na base da teoria romana dos tratados internacionais, sobre os quais falamos no Capítulo II, porque

também reconhecia a necessidade de fundamentar essas convenções sobre uma base acima da vontade das Partes contratantes.

A regra *pacta sunt servanda* tem duplo caráter. De um lado, é, com certeza, uma regra do direito positivo porque aceita pela prática geral dos Estados. Assim, o Protocolo muito conhecido de 17 de janeiro de 1871, da Conferência de Londres, declara solenemente: “Os plenipotenciários da Alemanha, da Inglaterra, da Áustria, da Itália, da Rússia e da Turquia, reunidos, reconhecem que há um princípio essencial do direito internacional que nenhuma potência pode livrar-se dos compromissos de um tratado nem modificar as estipulações senão depois do consentimento das Partes contratantes por meio de um Acordo amigável”. Por outro lado, a norma *pacta sunt servanda* tem um patamar superior ao direito positivo, porque cada regra do direito positivo, seja do direito convencional, seja do direito costumeiro que não se compõe senão de tratados tácitos, já *supõe* a regra *pacta sunt servanda* sobre a qual os tratados se baseiam. Esse pensamento não foi apenas exposto pela escola do direito natural, como já discutimos, mas igualmente reconhecido por um dos primeiros partidários da escola positivista, isto é, pelo renomado holandês Bynkershoek, que a formulou nos termos seguintes: “*pacta privatorum tuetur jus civile; pacta publicorum bona fides. Hanc si tollis, tollis inter principes commercia quae oritur ex expressis pactis, quin et tollis ipsum jus gentium, quod oritur e pactis tacitis et praesumptis, quae ratio et usus inducunt*”¹¹⁶.

A regra *pacta sunt servanda* não é uma simples norma jurídica, é também uma regra ética, isto é, um valor *evidente* ou que deriva logicamente de uma regra absoluta, por exemplo, da norma *suum cuique*.

Assim, o direito positivo é, na verdade, uma classe especial no mundo dos valores, mas não está absolutamente separado de outros troncos da ordem normativa. O direito positivo é, portanto, um valor *relativo*, que se modifica com o desenvolvimento da civilização; mesmo assim, está fundamentado sobre o valor *absoluto* da ideia de justiça. Como todo valor relativo, não é valor senão *em relação* a um valor absoluto.

Este pensamento decide igualmente o litígio científico, se há ou não uma escolha possível entre a primazia do direito nacional e a do direito internacional, porque a justiça universal se opõe à primazia do direito nacional

112 N. Hartmann, *op. cit.*, p. 258 e seguintes. Do mesmo autor, *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*, 1925. Ver igualmente o relatório na *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Viena), VII, 1928, p. 311-313.

113 *Op. cit.*, p. 7 e seguintes.

114 *Op. cit.*, p. 21 e seguintes.

115 *Op. cit.*, p. 7 e seguintes.

116 *Quaestio juris publici libri duo*, II cap. IX.

que nada mais é que a negação do direito no âmbito internacional¹¹⁷.

4. A PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL E A CONCEPÇÃO UNITÁRIA DO DIREITO

4.1 Os recursos do direito internacional. O legislador na esfera internacional

Se reconhecemos que a regra *pacta sunt servanda* é superior à vontade dos Estados, é fácil demonstrar que as cláusulas estabelecidas entre os Estados *em virtute* dessa regra lhes são igualmente superordenadas, porque a norma *pacta sunt servanda* obriga os Estados a se conformarem às regras criadas pelo acordo entre eles. Esse acordo pode produzir-se seja por um tratado expresso, seja por uma convenção tácita das nações, isto é, por atos concluídos pelos quais os Estados participantes deixam entrever que querem estar vinculados de uma determinada maneira¹¹⁸.

As regras do primeiro grupo constituem o direito convencional, as do segundo grupo, do direito costumeiro. Tanto um como o outro podem introduzir também regras criadas por outro procedimento. Assim, o artigo 38 do Regulamento da Corte Permanente de Justiça Internacional obriga a Corte a aplicar subsidiariamente “os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas” em sua legislação nacional. O mesmo dispositivo é encontrado nos vários tratados de arbitragem¹¹⁹.

Portanto, não é a vontade como tal, seja a vontade de um Estado, seja a vontade comum de todos ou de vários Estados, que faz nascer o direito internacional,

117 Escolha científica sustentada ainda por Hans Kelsen em seu *Cours de l'Académie de droit international*, 1926, IV. No entanto, esse pensamento é apenas a consequência de seu ponto de partida relativista que nega a existência de uma justiça objetiva e absoluta, confundindo o sentimento subjetivo da justiça com a justiça *em si*.

118 Grotius, *De jure belli ac pacis*, Prolegomena § 17: “*Sed sicut jusque civitatis jura utilitatem suam respiciunt, ita inter civitates aut omnes, aut piasque ex consensu jura quadam nasci potuerunt...*”. Bynkershoek, *Quaestiones juris publici*, III: “*Jus gentium oritur e pactis facitis et praesumptis quae ratio et usus inducunt*”; Vattel, *Le droit des gens*, § 25: Este direito (costumeiro) é fundamentado no consentimento tácito ou... numa convenção tácita das nações que o observam entre elas...” Ver também Triepel, *op. cit.*, p. 7; Moore, *Digest of international law*, I, 1906, p. 5.

119 Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechts gemeinschaft*, 1926, p. 57 e seguintes.

mas a força obrigatória deste decorre da regra objetiva *pacta sunt servanda* que impõe aos Estados o respeito à palavra dada. Portanto, o direito internacional todo é superordenado aos Estados. Estes, por sua vez, lhe são subordinados, porque a cada superordenação corresponde sempre uma subordinação. Assim, a crítica da teoria dominante nos conduz à primazia do direito internacional.

Entretanto, antes de desenvolver esse pensamento, convém que nos ocupemos, ainda que brevemente, de uma objeção bastante difundida. Frequentemente sustenta-se que, no âmbito do direito internacional, o legislador coincide com os sujeitos aos quais esse direito se endereça. O Estado, dizem, é igualmente legislador e sujeito do direito internacional. Contudo, esta tese está errada, pois esquece que, na realidade, as regras do direito internacional jamais são criadas por um único Estado, mas por uma comunidade de Estados. Os sujeitos do direito internacional, ao contrário, são os Estados particulares¹²⁰.

Além disso, os Estados-membros da comunidade internacional estão subordinados às regras dessa sociedade, criadas pela vontade geral. Não há, portanto, senão que se decidir pela primazia do direito internacional.

A primazia do direito internacional é de importância fundamental para o edifício jurídico, por ser capaz de superar a pluralidade das ordens jurídicas, fornecendo uma concepção unitária do direito.

4.2 A constituição dualista do direito e o sistema unitário

A doutrina ainda dominante sustenta que os diversos direitos nacionais, assim como o direito estatal de um lado e o direito internacional de outro, são círculos jurídicos fechados sem relação entre eles. Em 1914, propus chamar essa concepção de construção dualista do direito¹²¹, denominação que, infelizmente, já penetrou na doutrina, pois seria melhor dizer construção pluralista do direito, porque, para seus autores, não seria somente o direito internacional de um lado e o direito nacional de outro, mas também cada direito nacional forma um sistema isolado do qual um é inteiramente independente do outro. Em suma, a denominação “construção dualis-

120 Salvio, *Rivista di diritto internazionale*, XIV, 1921-1922, p. 20 e seguintes, p. 34 e seguintes.

121 *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1914, p. 329 e seguintes.

ta” pode ser mantida, visto que se trata inicialmente de destacar a independência recíproca do direito internacional e do direito nacional.

A teoria da primazia do direito nacional, ao contrário, como já desenvolvemos e que procura fundamentar o direito internacional sobre o direito nacional, quer, na verdade, criar uma construção *monista*, isto é, uma construção unitária do direito. Entretanto, não atinge seu objetivo e isto por duas razões: uma consiste, como já vimos¹²², na impossibilidade de fundamentar o direito internacional *inteiramente* sobre o direito nacional. No entanto, mesmo se isto fosse possível, os diversos direitos nacionais, apesar disso, permaneceriam independentes um do outro.

Contudo, a primazia do direito internacional não garante apenas a unidade do direito nacional e do direito internacional; está igualmente apta a fundamentar os diversos direitos nacionais da comunidade internacional no sistema unitário do direito. Sozinha, é capaz de fornecer diretamente uma *verdadeira* construção monista.

Essa teoria foi recentemente atacada por uma crítica veemente¹²³ que nos interessa particularmente, pois provém do eminente professor Triepel, o porta-voz da doutrina dualista, defendida também por nosso ilustre colega de Roma, Anzilotti¹²⁴.

A teoria dualista sustenta que o direito internacional e os direitos nacionais são troncos do direito inteiramente diferentes um do outro, particularmente pelas razões seguintes:

1º As fontes jurídicas do direito nacional — segundo essa teoria — diferem totalmente daquelas do direito internacional. A fonte do direito interno é a vontade de um único Estado; o direito internacional deriva da vontade coletiva de vários Estados. Da mesma maneira, o direito nacional de um Estado não tem relação jurídica alguma com o direito dos outros Estados. Portanto, é arbitrário afirmar que esses sistemas jurídicos estão fundamentados no direito internacional. Se isto fosse verdade, diz Triepel, o direito internacional deveria ter existido desde o começo do mundo ou, pelo menos, desde os tempos em que Deus expulsou do paraíso os primeiros homens. A teoria da primazia do direito inter-

nacional é, portanto, totalmente anti-histórica¹²⁵.

2º O direito internacional rege igualmente outras relações além do direito interno. Este regulamenta as relações entre os indivíduos submetidos ao Estado, assim como as relações entre os sujeitos e o Estado. Ao contrário, o direito internacional somente regulamenta as relações entre os Estados perfeitamente iguais. Disto resulta que os sujeitos são obrigados a obedecer também às regras do direito interno contrárias ao direito internacional que não vinculam senão o próprio Estado. Portanto, essas leis, ainda que em oposição às prescrições do direito internacional, são leis válidas para todos os sujeitos que a elas estão submetidos.

Em poucas palavras, vamos tentar refutar estes argumentos.

A tarefa nos é facilitada pelo próprio Triepel sob dois pontos de vista. Se várias fontes, diz ele inicialmente, são coordenadas uma à outra, uma dependência jurídica de uma vontade diante da outra não é possível a não ser se todas as duas forem submissas a uma terceira vontade que se impõe a elas. Por exemplo, os Estados-membros de um Estado federal dependem um do outro porque são submissos à vontade jurídica do Estado federal¹²⁶. Ora, a história nos ensina que a maior parte dos Estados federais foi formada pela vontade de determinados Estados até então soberanos. Da mesma maneira, a teoria da primazia do direito internacional não afirma absolutamente que na história o direito positivo dos povos se tenha desenvolvido antes do direito interno; diz apenas que desde o nascimento da *comunidade internacional*, o direito internacional é superordenado aos direitos internos. Triepel confunde assim uma categoria histórica com uma categoria lógica e jurídica.

É, portanto, uma petição de princípios afirmar que entre o direito interno e o direito internacional é impossível uma relação de justaposição. De resto, essa tese está também em contradição com o ponto de partida da teoria triepeliana que distingue claramente a vontade comum dos Estados da vontade dos Estados particulares, admitindo que a primeira é capaz de impor aos membros da comunidade internacional regras obrigatórias de conduta¹²⁷. Entretanto, essa vontade comum, formada sobre a base da norma primária *pacta sunt servanda*, é precisamente a vontade sobreposta aos Estados

122 Capítulo II.

123 *Recueil des Cours de l'Académie*, 1923, t. I, p. 77 e seguintes.

124 *Corso di diritto internazionale*, 1923, p. 30 e seguintes.

125 *Op. cit.*, p. 87.

126 *Op. cit.*, p. 103.

127 *Op. cit.*, p. 82.

coordenados que apenas são iguais por sua subordinação igual ao direito internacional.

Daí resulta que é impossível tratar o direito internacional e o direito interno assim como os diversos direitos nacionais da comunidade internacional como sistemas jurídicos absolutamente separados, visto que se encontram numa relação de dependência recíproca que é uma relação de subordinação do direito interno perante o direito internacional e, conseqüentemente, uma relação de coordenação entre os diversos direitos nacionais.

Portanto, não é justo afirmar, como expõe Triepel, por exemplo, que o direito sueco não tem relação jurídica alguma com o direito japonês¹²⁸. Na verdade, essa relação existe pelo fato de sua subordinação comum ao direito internacional.

Do momento em que há essa subordinação, os Estados deixam de ser totalmente livres e fazem parte do sistema jurídico da comunidade internacional. Sem dúvida, conservam ainda nesse âmbito uma liberdade muito ampla, mas esta liberdade não é mais juridicamente ilimitada, porque restrita pelas regras do direito internacional.

Contudo, uma liberdade que depende de regras estabelecidas por uma comunidade superior não é senão uma liberdade limitada, isto é, uma competência conferida pelo direito sobreposto. Esse pensamento, agora, está aprovado pelo artigo 15, alínea 8 do Pacto da Sociedade das Nações, que fala dos desacordos sobre uma questão “que o *direito internacional* deixa à competência exclusiva” de um Estado em litígio. Por esse dispositivo, o Pacto reconhece claramente que a liberdade dos Estados, mesmo sua atividade, que é da competência exclusiva da legislação nacional, deriva do *direito internacional*¹²⁹. É, portanto, com razão que o eminente juriconsulto Lapradelle, advogando diante da Corte de Justiça Internacional, compara a competência exclusiva dos Estados às declarações de direito pelas quais os indivíduos veem ser reservados um certo número de privilégios intangíveis sobre os quais não terá ação a lei majoritária dos diferentes Parlamentos. Além disso, nas Constituições de determinados Estados na forma federativa, há direitos que são direitos *reservados*¹³⁰. Todavia,

como esses direitos em sua condição de *direitos positivos* só existem em virtude da Constituição do Estado, assim toda a esfera de atividade do Estado nada mais é que uma competência sobre a base do direito internacional. Disto resulta claramente que as ordens jurídicas dos Estados-membros da comunidade internacional dependem em última instância do direito internacional. Portanto, impõe-se a concepção unitária do direito.

No entanto, para passar ao segundo argumento da doutrina por nós combatida, Triepel afirma que o domínio de uma fonte jurídica sobre outra se apresenta sob duas formas. Num primeiro caso, a fonte jurídica sobreposta limita a competência da fonte subordinada. Concede a ela ou recusa, num determinado limite, a capacidade de criar regras válidas. Estas são, portanto, *nulas* se ultrapassam os limites estabelecidos pela regra *dominante*¹³¹. No outro caso, “é possível, diz Triepel, que a fonte preponderante, em vez de decidir sobre a capacidade da vontade jurídica subordinada, lhe dê ordens relativas à criação de um direito. Pode dar-lhe a ordem de regulamentar determinadas matérias, proibi-la de legislar em determinadas direções sem que a violação da interdição traga com ela a nulidade¹³²”... Ora, Triepel considera que esse tipo de subordinação é característico para a relação do direito interno em relação ao direito internacional; o melhor exemplo para o primeiro seria, ao contrário, fornecido pelos dispositivos das constituições federais que recusam aos Estados-membros a capacidade de criar um direito nas matérias para as quais a competência legislativa é de exclusividade do Estado federal¹³³. E justamente essa diferença entre as relações do direito internacional com o direito interno, de um lado, e do direito federal com o direito dos Estados-membros de outro, é, segundo Triepel, a causa decisiva do fato de que “o dever de obediência dos sujeitos perante a lei do Estado é absoluto, qualquer atitude que tome essa lei perante o direito internacional, enquanto um ato de um Estado-membro pode ser devido à validade pela Constituição do Estado federal, porque os sujeitos do Estado-membro são também sujeitos do Estado federal¹³⁴”.

Com efeito, não se duvidaria que, para assegurar a legalidade dos atos jurídicos, existem garantias diversas. Entre elas figuram os dispositivos que declaram os atos irregulares seja como *ipso jure* nulos, seja anuláveis por

128 *Op. cit.*, p. 87.

129 Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechts gemeinschaft*, p. 173 e seguintes.

130 Publications de la Cour, série C, n. 2, p. 71.

131 *Op. cit.*, p. 103 e seguintes.

132 *Op. cit.*, p. 104 e seguintes.

133 *Op. cit.*, p. 103 e seguintes.

134 *Op. cit.*, p. 104.

determinados órgãos. Entretanto, essa diversidade não separa absolutamente a relação do direito interno frente ao direito internacional daquela do direito federal perante o direito dos Estados-membros, porque também no âmbito do direito federal um ato de um Estado-membro pode ser válido, ainda que exceda a competência que lhe foi conferida pela Constituição federal. Assim, segundo a Constituição federal da República da Áustria, toda lei de um Estado-membro é válida ainda que ultrapasse os limites de sua competência. Mesmo o juiz, embora seja um órgão federal, deve aplicá-la. No entanto, o governo federal tem o direito de solicitar à Corte Constitucional a cassação dessas leis irregulares. Portanto, não são nulas como tais, mas sujeitas à anulabilidade. Permanecem assim provisoriamente em vigor até o momento de sua cassação pela Corte Constitucional.

Ora, a posição das leis do Estado contrárias ao direito internacional é exatamente a mesma. É verdade que obrigam os sujeitos assim como as leis conformes ao direito internacional, mas essa validade é igualmente relativa e provisória, porque o Estado lesado está autorizado pelo direito internacional a exigir que esses atos sejam anulados. E o Estado do qual provém o ato irregular está internacionalmente obrigado a conformar sua legislação, até mesmo sua Constituição às prescrições do direito internacional.

A prática internacional confirma essa regra. Assim, Van Eysinga atraiu a atenção sobre a troca de notas entre o governo dos Países Baixos e a Santa Sé, em 1852¹³⁵. Os fatos são os seguintes: a revisão da Constituição de 1848 introduziu a liberdade absoluta para as comunidades religiosas terem a organização que lhes conviesse. A Concordata de 1827, por sua vez, partia de ideias opostas ao princípio da separação da Igreja e do Estado. Ora, o Núncio Apostólico propôs em sua nota de 23 de junho de 1852 que a Concordata de 1827 permanecesse sem execução ao lado da nova organização da Igreja pela Constituição dos Países Baixos. Todavia, o governo holandês recusou esse ponto de vista. Em 14 de agosto de 1852, respondeu: “Se, de um lado, os princípios da lei fundamental permitem a livre organização dos assuntos religiosos dos diferentes cultos, de outro, esses princípios não levam em consideração as convenções existentes entre o Estado e tais cultos, e a adoção da

lei fundamental não poderia a esse respeito ser derrogada. Se havia convenções similares, quando da adoção da lei fundamental atual, estas dominam os dispositivos fundamentais e restringem e suspendem a aplicação. Ao lado de outra apreciação, o Estado poderia unilateralmente livrar-se de seus compromissos, modificando a Constituição. Caso contrário, a outra parte ficaria reciprocamente comprometida pelas mesmas convenções e não poderia invocar os dispositivos fundamentais nem aplicá-los em detrimento dos compromissos contraídos sem que previamente as duas partes estivessem concertadas a esse respeito, seja expressa, seja tacitamente”. Em sua resposta, o Núncio declarou em 17 de setembro de 1852 que “a Santa Sé reconhecia e aceitava o princípio enunciado pelo governo dos Países Baixos, referente à força das concordatas, princípio fundamentado no direito público, e que a Santa Sé sempre havia sustentado que as concordatas têm valor superior às leis ainda que fundamentais do Reino”.

Outro litígio da mesma natureza surgiu em 1919 entre a Alemanha, de um lado, e as Potências Aliadas e Associadas, do outro¹³⁶. Essas Potências constataram que os dispositivos da segunda alínea do artigo 61 da nova Constituição alemã constituem uma violação do artigo 80 do Tratado de Versalhes. A Alemanha, ainda que interpretasse o artigo 61 de maneira compatível com o Tratado de Paz, não hesitou em declarar que, se a Constituição e o tratado estavam em contradição, a Constituição não poderia prevalecer. A Constituição alemã reconhece pelo artigo 178 que “as cláusulas do Tratado de Versalhes não poderiam ser afetadas pela Constituição”, artigo que foi inserido para evitar antecipadamente qualquer contradição possível entre as regras da Constituição e as condições do Tratado de Paz.

No entanto, apesar desse dispositivo expresso do direito interno, as regras do direito estatal contrárias ao direito internacional não são consideradas como *ipso jure* nulas. Todavia, esse fenômeno não se opõe absolutamente à concepção unitária do direito, não sendo inicialmente, como vimos, uma singularidade da relação do direito interno frente ao direito internacional. Não é tampouco uma necessidade, mas unicamente uma consequência do direito positivo atual. Em outras palavras: o fato de que as regras do direito interno contrárias ao direito internacional vinculam os sujeitos é apenas con-

135 *Revue de droit international et de législation comparée*, I, 1920, p. 143 3 seguintes. Ver igualmente Garner, *op. cit.*, p. 44 e seguintes; Politis, *op. cit.*, p. 37 e seguintes.

136 Kraus et Rödiger, *Urkunden zum Friedensvertrag*, II, 1921, p. 808 e seguintes.

seqüência do direito internacional atualmente em vigor que, de modo geral, não obriga os sujeitos diretamente, mas declara os Estados competentes para criar regras que se impõem aos sujeitos de seus respectivos territórios. Contudo, nada impediria o direito internacional de restringir tal competência dos Estados e dirigir-se diretamente aos sujeitos. Na realidade, ele já o faz em determinados limites e as necessidades da vida internacional imporão, sem dúvida, outras reduções do âmbito reservado ainda aos Estados¹³⁷. Todavia, se a extensão da competência dos Estados depende do conteúdo do direito internacional, se varia com a mudança desse direito, é evidente que essa competência está fundamentada, a partir do momento da existência do direito positivo dos povos, sobre tal direito.

Portanto, se afirmamos que o Estado tem a competência da competência, isto só é verdade em senso restrito, isto é, em relação a seus órgãos e aos sujeitos que se encontram em seu território. No entanto, a competência da competência absoluta está em poder da comunidade internacional¹³⁸, que é a única capaz de modificar todas as competências das comunidades subordinadas.

Consequentemente, a concepção unitária do direito é inevitável.

5. FUNCIONAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL

5.1 A hierarquia dos atos jurídicos. As regras gerais

A concepção unitária do direito internacional de que já falamos está demonstrada finalmente pelo funcionamento do próprio direito internacional. Isto porque o direito internacional em seu sentido tradicional, isto é, as regras do direito costumeiro e convencional que regularmente se direcionam somente aos Estados e não aos órgãos ou sujeitos particulares, não podem penetrar na vida senão por intermédio dos atos do Estado ou de outros atos jurídicos. Têm, portanto, necessidade desses atos inferiores para cumprir seu dever.

De resto, essa verdade é afirmada pela própria doutrina dualista. Desta forma, Triepel a admite com razão: “para cumprir sua tarefa, o direito internacional é constantemente obrigado a recorrer ao direito interno. Sem ele, é totalmente impotente. Assemelha-se a um marechal que dá suas ordens aos chefes das tropas e não pode atingir seu objetivo se não estiver seguro de que os generais, conformando-se a suas instruções, darão novas ordens àqueles que lhes são subordinados. Se os generais se recusam, ele perde a batalha. E, assim como uma ordem do marechal provoca dezenas de ordens posteriores da parte dos subordinados, assim uma só regra do direito internacional produz, às vezes, uma quantidade de normas do direito interno que todas se reduzem a uma apenas: realizar o direito internacional na vida interior do Estado¹³⁹”.

Entretanto, Triepel não extrai as consequências dessa verdade. Não percebe que essa conexão necessária do direito internacional com o direito interno está em total contradição com a doutrina dualista. Assim, nos conduz, na verdade, como Moisés até as fronteiras da terra prometida, mas sem entrar na estrutura do sistema unitário. Permanece como partidário da doutrina dualista ainda que tenha contribuído fortemente para a vitória da concepção unitária.

Esse fenômeno que parece curioso pode ser explicado por duas razões.

Inicialmente, o ponto de partida da construção dualista baseia-se no preconceito da doutrina tradicional de que o direito está contido inteiramente nas regras gerais (leis, convenções, costumes). De fato, o direito forma uma pirâmide de atos jurídicos, sejam abstratos ou gerais, sejam concretos ou individuais¹⁴⁰. No topo desse edifício está a regra fundamental que tem por função instituir a autoridade suprema criadora do direito positivo. É a regra *pacta sunt servanda* que designa como lei positiva suprema os *pacta* concluídos entre Estados, isto é, regras estabelecidas pela vontade coletiva de Estados que se manifestam por meio dos acordos expressos ou tácitos.

Entretanto, essas regras constituem somente as etapas superiores da regulamentação jurídica porque delas

137 Garner, *Recent developments in international law*, 1925, p. 30 e seguintes; Polits, *Le problème des limitations de la souveraineté*, *Recueil des Cours de l'Académie*, 1925, I, t. 6.

138 G. Scelle, *Essai de systématique du droit international*, *Revue générale de droit international public*, XXX, 1925, p. 116 e seguintes.

139 *Op. cit.*, p. 106.

140 A. Merkl, *Die Lehre der Rechtskraft*, 1923; Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'État* (tradução francesa por Ch. Elsenmann), p. 64 e seguintes; Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 42 e seguintes; Nawiaszky, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, VI, (1927), p. 488 e seguintes.

dependem outras regras subordinadas. Desta forma, o direito interno dos Estados está baseado em regras costumeiras do direito internacional que limitam a competência dos Estados. As regras estatais, no entanto, formam também entre si uma hierarquia de atos jurídicos superpostos e subordinados. A simples lei é subordinada à Constituição do Estado. Num patamar mais baixo vêm as prescrições ou regulamentos que contêm ainda regras gerais. No entanto, como todo dispositivo geral é abstrato, ao final deve ser individualizado. É preciso estabelecer se o fato previsto *in abstracto* pela regra geral existe *in concreto* e, na afirmativa, aplicar, isto é, inicialmente ordenar e, em seguida, fazer aplicar a sanção prescrita igualmente *in abstracto*¹⁴¹. Este é o papel dos atos judiciais, como aquele das decisões das autoridades administrativas. Ambos concretizam e realizam as regras gerais pelas regras individuais.

Ora, as regras costumeiras ou convencionais do direito internacional são *regularmente* executadas por atos estatais, seja por leis ou regulamentos *complementares*, seja por atos administrativos ou judiciais. O direito internacional, portanto, não é uma classe isolada no âmbito jurídico; não está de forma alguma separado dos outros ramos do direito. Na verdade, coexiste com o direito interno e não forma senão um degrau elevado na pirâmide das regras jurídicas do sistema unitário.

No entanto, a construção dualista está ainda contaminada por outro erro, porque os Estados não realizam nem concretizam sempre o direito internacional. Ao lado dessa esfera de execução das regras gerais do direito internacional, há outros caminhos ainda negligenciados pela doutrina dominante, a saber, uma esfera de atos executivos por organismos internacionais. Esses funcionários podem ser de órgãos legislativos, executivos ou judiciais. Sua competência pode desenvolver-se em um país que não é o território de um Estado ou no território de um Estado.

Assim, a Comissão de Governo da Bacia do Sarre tem, de acordo com o anexo aos artigos 45-50 do Tratado de Versalhes, todos os poderes de governo pertinentes anteriormente ao Império alemão, à Prússia e à Baviera, incluindo o de nomear e exonerar os funcionários e criar órgãos administrativos e representativos que considere necessários. Tem igualmente plenos poderes para administrar e explorar as ferrovias, canais e os diferentes serviços públicos. As leis e regulamentos

em vigor sobre o território da bacia do Sarre desde 11 de novembro de 1918 certamente continuarão sendo aplicados. Entretanto, se por motivos de ordem geral ou para colocar tais leis e regulamentos de acordo com as cláusulas do Tratado de Versalhes, fosse necessário fazer modificações, estas seriam decididas e efetuadas pela Comissão de Governo, após opinião dos representantes eleitos pelos habitantes, depois na forma que a Constituição decidir. Além disso, os tribunais civis e criminais existentes no território da bacia do Sarre até a entrada em vigor do Tratado de Versalhes são mantidos. Todavia, esse tratado autoriza a Comissão de Governo a constituir uma corte civil e criminal para julgar em apelação as decisões assumidas pelos referidos tribunais e estatuir sobre as matérias que esses tribunais desconheciam. Essa Corte julga em nome da Comissão de Governo, por sua vez, composta de cinco membros nomeados pelo Conselho da Sociedade das Nações e compreende um membro francês, um membro originário e habitante do território da bacia do Sarre e três membros indicados por três países, além da França e da Alemanha. Os membros da Comissão de Governo são nomeados por um ano e seu mandato pode ser renovado. Os mandatos poderão ser revogados pelo Conselho da Sociedade das Nações que, no caso, providenciará sua substituição.

Entretanto, a soberania da Alemanha sobre esse território está reservada porque, conforme o artigo 49 do Tratado de Versalhes, renunciou somente em favor da Sociedade das Nações como fideicomissária, ao *governo* desse território por um período de 15 anos, a partir da entrada em vigor do mesmo tratado. Ao término desse prazo, a população do território da bacia do Sarre será convidada a manifestar sua vontade da seguinte forma: um voto ocorrerá por prefeitura ou por distrito e sobre as alternativas seguintes: a) manutenção do regime estabelecido pelo Tratado de Versalhes; b) união com a França; c) união com a Alemanha. A Sociedade das Nações decidirá, então, sob qual soberania o território ficará, levando em consideração o desejo expresso pelo voto da população¹⁴².

142 Sobre o estatuto internacional da bacia do Sarre, ver especialmente: Wehberg, *Die Staats- und Völkerrechtliche Stellung des Saargebietes*, 1924; Frank, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 43º volume, 1922, p. 20 e seguintes; Redslob, *Revue de droit international de sciences diplomatiques, politiques et sociales* (Genebra), III, 1925, p. 283 e seguintes; do mesmo autor: *Théorie de la Société des Nations*, 1927, p. 131 e seguintes; Verdross, *die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 77 e seguintes.

141 Kelsen, *op. cit.*, p. 68.

Eis um exemplo para uma parte de um território de um Estado governado agora por um órgão internacional. Nesse caso, a execução do tratado não é mais confiada a um Estado, mas a uma comunidade internacional parcial, a saber, a Sociedade das Nações que, para exercer essa competência, se serve de um organismo internacional.

Portanto, estamos na presença de regras jurídicas gerais e individuais estabelecidas por um órgão internacional que obrigam diretamente as pessoas desse território.

Um organismo internacional de gênero semelhante, embora de competência mais restrita, é a *Comissão Europeia do Danúbio Marítimo*.

“O ato do Congresso de Viena — diz o artigo 15 do Tratado de Paris, de 30 de março de 1856 — tendo estabelecido os princípios destinados a regulamentar a navegação dos rios que separam ou atravessam vários Estados, as Potências contratantes estabelecem entre elas que, no futuro, esses princípios serão igualmente aplicados ao Danúbio e a suas embocaduras. Declaram que esse dispositivo doravante faz parte do direito público da Europa e o assumem sob sua garantia”. Para garantir a aplicação de seus princípios, o Tratado de Paris instituiu duas comissões: uma é temporária e a outra, permanente. Esta foi encarregada de elaborar as normas de navegação e de policiamento fluvial, de fazer desaparecer os entraves de qualquer natureza que se opunham ainda à aplicação dos dispositivos do Tratado de Viena ao Danúbio; de ordenar e de fazer executar os trabalhos necessários ao longo de todo o percurso do rio; enfim, de controlar, após a dissolução da comissão temporária, a manutenção da navegabilidade das embocaduras do Danúbio e das partes vizinhas do mar. E o Tratado de Berlim, de 13 de julho de 1878, declarou em seu artigo 53 que a Comissão Europeia do Danúbio, na qual a Romênia estaria representada, exerceria a partir de então suas funções até o Galatz, *numa completa independência da autoridade territorial*. No momento, exerce novamente, conforme o artigo 346 do Tratado de Versalhes, os poderes que tinha antes da guerra. Todas as vezes e provisoriamente, os representantes da Grã-Bretanha, da França, da Itália e da Romênia, somente estes, fazem parte dessa Comissão. A competência da Comissão Europeia do Danúbio abarca os poderes legislativo, executivo e judiciário. Visto que emite as normas da polícia fluvial e da navegação, manda executar os trabalhos necessários e decide sobre os litígios concernentes às

infrações às normas fluviais. É, portanto, da mesma forma um órgão internacional competente para estabelecer regras jurídicas, gerais e individuais, *diretamente* aplicáveis aos indivíduos¹⁴³.

No entanto, existem também órgãos internacionais aos quais incumbe regularmente apenas uma administração e jurisdição indiretas. Esta é, por exemplo, a competência da Comissão Internacional do Danúbio fluvial, organizada pelo artigo 347 do Tratado de Versalhes, assim como da Comissão Internacional do Elba, instituída pela Convenção de 22 de fevereiro de 1922. Estão encarregadas de zelar pela manutenção da liberdade de navegação e pelo bom estado de conservação da via navegável, assim como por sua melhoria; de se pronunciar sobre as reclamações derivadas das aplicações da referida convenção; de constatar se as tarifas correspondem às condições estabelecidas; de se pronunciar sobre intimações que são encaminhadas, assim como de proceder a todos os inquéritos e inspeções que julgar úteis por meio de pessoas que designarão para isso¹⁴⁴.

Em todos os casos analisados, trata-se de órgãos internacionais competentes no território de um determinado Estado. Todavia, como qualquer órgão internacional é órgão de uma determinada comunidade de Estados, estamos, pois, diante do fato de que uma comunidade de Estados exerce uma competência sobre o território de um Estado por intermédio de um órgão internacional. Se essa competência da comunidade internacional exclui todas as atividades do Estado soberano sobre esse território, fala-se de um *coimperium*. Assim, antes de 1908, a Áustria-Hungria exercia somente o *coimperium* sobre a Bósnia e Herzegovina, pois esses países, até o momento da cessão pela Turquia, permaneceram sob a soberania desse país. Da mesma maneira, a competência da Sociedade das Nações na Bacia do Sarre nada mais é que um *coimperium*. A Alemanha, atualmente, está despojada de todos seus direitos sobre esse território, mas a soberania alemã está preservada. A Sociedade das Nações é a fideicomissária até a decisão definitiva.

Entretanto, existem também países que não estão sob o domínio de um Estado, mas de uma comunidade de Estados mais ou menos ampla. É o caso dos condo-

143 Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechts gemeinschaft*, p. 80 e seguintes.

144 *Zeitschrift für Internationales Recht*, XXXII, 1924, p. 287 e seguintes.

mínios. A doutrina tradicional considera que um condomínio é um território sob o domínio comum de dois ou mais Estados, portanto, submetido a regras de diferentes Estados, criadas por um órgão comum¹⁴⁵. Todavia, essa construção confunde duas noções que devem ser esclarecidas: a noção de órgão *comum* e a de órgão *internacional*.

Com efeito, a existência de qualquer órgão comum supõe que duas ou várias ordens jurídicas sejam isoladamente capazes de conferir às mesmas pessoas uma determinada competência. Assim, dois Estados podem conferir a competência de chefe de Estado (rei ou imperador) ao mesmo homem ou à mesma família porque cada um deles é competente para criar para si essa função. É o caso da união pessoal que poderia existir igualmente em relação aos órgãos subordinados. Por exemplo, dois municípios de Estados distintos situados na fronteira poderiam nomear a mesma pessoa como representante.

Se, ao contrário, uma determinada competência não incumbe a cada Estado, mas a vários Estados juntos, estes só podem exercer a função por meio de um órgão internacional, isto é, um órgão que não seja órgão comum desses Estados, mas órgão da *comunidade* Internacional composta desses Estados¹⁴⁶.

Um país cedido a dois Estados não é, portanto, um território de cada um deles; é um território sob a competência de uma *comunidade internacional parcial*.

Uma forma especial de tal condomínio encontra-se nos *Mandatos* da Sociedade das Nações.

Essa sociedade está fundamentada no artigo 22 do Pacto que foi inspirado nas ideias do General Smuts, Primeiro-ministro da União Africana, que elaborou para a Conferência da Paz em Paris um projeto conhecido como Projeto dos Mandatos. Seguindo essas ideias, o presidente Wilson propôs as cláusulas que figuram no artigo 22 do Pacto.

Esse artigo dispõe que a tutela das colônias e territórios que, após a guerra deixaram de estar sob o domínio dos Estados que as governavam anteriormente e que são habitados por povos ainda não capazes de dirigirem

a si mesmos nas condições particularmente difíceis do mundo moderno, será confiada às nações desenvolvidas; estas exerceriam a tutela na *qualidade de Mandatário e em nome da Sociedade das Nações*. Contudo, o artigo 119 do Tratado de Versalhes declara: “A Alemanha renuncia em favor das Principais Potências aliadas e associadas a todos seus direitos e títulos sobre seus bens de além-mar”. O artigo 119 parece estar, pois, em plena contradição com o artigo 22 do Pacto.

Ora, é evidente que, conforme o artigo 119, a soberania sobre esses territórios foi transferida para as Principais Potências. Estas, entretanto, eram obrigadas pelo artigo 22 do Pacto a transformar esses países em Mandatos da Sociedade das Nações. De fato, concluíram tratados com os Estados Mandatários confirmados pelo Conselho da Sociedade das Nações, cujo preâmbulo reza:

“O Conselho da Sociedade das Nações,

- Considerando que as Principais Potências aliadas decidiram que o Mandato sobre os territórios citados acima seria conferido ao Governo (por exemplo, da República Francesa) que o aceitou;

- Considerando que o Governo da República Francesa se compromete a exercer o referido Mandato em nome da Sociedade das Nações;

- Confirmando o referido Mandato, estatuiu nos termos como segue:...”

Por esses Tratados dos Mandatos, as Principais Potências abriram mão de sua soberania em favor da Sociedade das Nações. Entretanto, a Sociedade não pode exercer essa competência por intermédio de um órgão qualquer, visto que a administração direta é competência dos Mandatários em nome e sob a vigilância da Sociedade.

O caráter de todos os Mandatos, na verdade, não é o mesmo. Difere de acordo com o grau de desenvolvimento do povo, a situação geográfica do território, suas condições econômicas e tantas outras circunstâncias similares. Distinguem-se três tipos de Mandatos: Mandatos A, B e C. No entanto, em todos os casos, os territórios situados sob Mandato são totalmente distintos do território do Estado Mandatário. Da mesma forma, o estatuto dos habitantes autóctones de um território sob Mandato é distinto daquele dos nacionais da Potência Mandatária e não poderia ser assimilado a esse estatuto por decisão alguma de âmbito geral. Os habitantes

145 Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, p. 163; Neumeyer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, I, p. 5 e 9; Kelsen, *op. cit.*, p. 37.

146 Verdross, *Staatsgebiet, Staatengemeinschaftsgebiet und Staatsgebiet* dans *Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, XXXVII, 1927, p. 293 e seguintes.

autóctones de um território sob Mandato não adquiriram, portanto, a nacionalidade da Potência Mandatária. A esta incumbe apenas a competência claramente definida pelo artigo 22 do Pacto e pelos Tratados dos Mandatos. Cada Mandato deve, por sua vez, enviar uma relação anual concernente aos territórios sobre os quais têm responsabilidade, e uma Comissão Permanente está encarregada de receber e examinar tais relatórios e de apresentar ao Conselho sua opinião sobre todas as questões relativas à execução dos Mandatos.

Desta forma, o Mandatário não age senão em nome e sob o controle da Sociedade das Nações. Redslob destacou especialmente um fenômeno análogo na história da Suíça, pois os Confederados Suíços tinham o costume de ter como regentes das terras que lhes pertenciam em comum governadores nomeados alternadamente por um dos codetentores¹⁴⁷. E Le Fur ressalta que as atribuições executivas federais são frequentemente confiadas a um dos Estados Confederados, seja sempre o mesmo, seja sucessivamente um dos Estados mais importantes¹⁴⁸. Desse modo, os territórios sob Mandato são países de uma Comunidade de Estados, isto é, da Sociedade das Nações, administrados, entretanto, por um Estado Mandatário¹⁴⁹.

5.2 A competência de estabelecer as regras do direito interno

Assim, não é verdade, como garante a teoria tradicional, que as regras obrigatórias para os órgãos e sujeitos são criadas somente pelos Estados. Os casos de *coimpérios* e de *condomínios* nos mostram que a competência de estabelecer as regras jurídicas internas pode ser também de uma *Comunidade de Estados* mais ou menos vasta.

Regularmente, de fato, a Comunidade Internacional cria apenas regras gerais do direito internacional e confia a execução dessas regras aos Estados. Entretanto, de forma excepcional, uma Comunidade de Estados esta-

belece igualmente as regras que se referem diretamente aos particulares de um determinado território.

Consequentemente, é preciso distinguir, de início, no âmbito internacional, as comunidades que governam a si mesmas, isto é, os Estados, dos territórios que são governados por uma comunidade de Estados.

Entretanto, existe ainda um terceiro tipo de comunidades. Elas se governam, de fato, mas esse governo está sob um determinado controle de uma comunidade de Estados. Assim, a cidade de Dantzig é realmente uma cidade livre. Governa a si mesma. Todavia, sua constituição é elaborada por representantes da cidade livre, regularmente designados de acordo com um Alto Comissariado da Sociedade das Nações (artigo 103 do Tratado de Versalhes). A cidade livre de Dantzig não está, portanto, somente limitada pelas regras gerais do direito internacional, como qualquer Estado; está também sob a proteção e a garantia da Sociedade das Nações, exercidas em primeira instância por um órgão executivo da Sociedade, o Alto Comissariado.

Resulta disso que existem duas esferas de execução das regras gerais do direito internacional. Regularmente não há senão uma execução *indireta*, porque o direito internacional só funciona normalmente por intermédio dos Estados subordinados que são obrigados a criar por seus próprios órgãos os atos jurídicos necessários para concretizar as regras abstratas do direito internacional. Contudo, em caráter excepcional, há também uma execução *direta* do direito internacional pelos órgãos próprios de uma *comunidade internacional*.

Um grupo importante dos órgãos internacionais é também compreendido pelas comissões e tribunais de arbitragem, especialmente pela Corte Permanente de Arbitragem e pela Corte Permanente de Justiça Internacional, ambas em Haia. E a própria Sociedade das Nações é um grande organismo internacional cuja atividade se exerce pela Assembleia e pelo Conselho, assistidos por um Secretariado Permanente, assim como por várias comissões e organizações técnicas. De fato, a Sociedade das Nações não exerce na esfera legislativa outro papel senão o de uma conferência ou um congresso internacional, isto é, apenas deve provocar a conclusão dos acordos que, para se tornarem obrigatórios, precisam ainda ser ratificados pelos Estados contratantes. Entretanto, nas esferas executiva e judiciária, a Sociedade das Nações tem cer-

147 *Bulletin de l'Institut Intermédiaire International*, XV, 2, 1926, p. 287.

148 *Etat fédéral et confédération d'États*, 1896, p. 525.

149 Sobre os mandatos, ver, sobretudo: Schükking et Wehberg, *Die Satzung des Völkerbundes*, 1924, p. 680 e seguintes; Baty no *British year book of international law*, 1921-1922, p. 109 e seguintes; Bilesky na *Zeitschrift für Völkerrecht*, XII, 1923, p. 65 e XIII, 1924, p. 77 e seguintes; Diena, no *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 5, 1924, IV, p. 215 e seguintes; Redslob, *op. cit.*; Wright no *American Journal of international law*, XVII, 1923, p. 691 e seguintes e XVIII, 1924, p. 786 e seguintes; Verdross, *op. cit.*, p. 212 e seguintes.

ta competência que lhe é própria¹⁵⁰. Especialmente seus dois órgãos principais, a Assembleia e o Conselho, podem votar imediatamente em decisões obrigatórias sem que haja necessidade de ratificação pelos respectivos Estados. Por exemplo: conforme o artigo 1º, alínea 2 do Pacto, a admissão de novos membros pode ser *decidida* pelos dois terços da Assembleia. Segundo o artigo 22, alínea 8 do Pacto, o Conselho *estabelece* o grau de autoridade a ser exercido pelo Mandatário. O artigo 16, na última alínea, dispõe que a exclusão da Sociedade é *decidida* pelo Conselho. Decide também, em segunda instância, sobre os litígios entre a cidade livre de Dantzig e a Polônia; *nomeia e demite* os membros da Comissão de Governo da Bacia do Sarre; *decidirá* sobre a soberania desse país, levando em consideração o desejo expresso pelo voto da população. Conforme o artigo 4º do Tratado de Locarno, o Conselho constata se foi cometida violação ou contravenção aos artigos 42 e 43 do Tratado de Versalhes. No caso em que um poder contratante se recusar a conformar-se aos métodos de regulamentação pacífica previstos pelo artigo 3º do mesmo tratado, “o Conselho proporá medidas a serem tomadas; as Altas Partes Contratantes se conformarão a essas proposições”. Portanto, têm na realidade o caráter de uma *decisão*. Uma Convenção concluída em Lausanne, em 24 de julho de 1923, ao mesmo tempo que o Tratado de Paz com a Turquia concernente ao direito de passagem nas Dardanelles, no Mar de Marmara e no Bósforo, constituiu uma Comissão Internacional dos Estreitos e a responsabilidade da missão de garantir a observância dos dispositivos relativos à passagem dos navios de guerra e aeronaves militares. Esta Comissão exerce sua missão sob os auspícios da Sociedade das Nações à qual deve encaminhar todo ano um relatório prestando contas do cumprimento de sua missão e fornecendo todas as informações úteis sob o ponto de vista do comércio e da navegação. Todavia, se uma violação dos dispositivos da liberdade de passagem, um ataque ou medida ou qualquer ato de guerra ou ameaça de guerra viessem colocar em perigo a liberdade de navegação pelos estreitos ou a segurança das zonas desmilitarizadas, as Altas Partes Contratantes e, em todos os casos, a França, a Grã-Bretanha, a Itália e o Japão são obrigados a impedir conjuntamente esses atos por todos os meios que o Conselho da Sociedade das Nações *decidir* a respeito.

150 Ver Verdross, *op. cit.*, p. 114 e, sobretudo, D. Schindler, *Die Verbindlichkeit der Berschlüsse der Völkerbundes*, 1927, Schweizerische Vereinigung für internaionales Recht, n° 20.

Essa grande parte dos atos internacionais administrativos e judiciários não é concebível com a doutrina dualista que somente vê de um lado as regras gerais do direito internacional e de outro, o direito estatal. A concepção unitária, ao contrário, abraça sem dificuldade todos esses ramos do direito, reconhecendo que cada um é somente uma etapa da regulamentação jurídica no movimento da criação das regras do direito, cujo conjunto constitui o sistema universal.

6. AS DUAS NOÇÕES DA SOBERANIA DO ESTADO

6.1 A soberania absoluta

Nosso caminho nos conduziu através dos vários obstáculos à concepção unitária do direito sobre a base do direito internacional. Entretanto, o triunfo final dessa concepção não parece garantido, visto que um dogma da teoria tradicional a isto se opõe, dogma que serviu de diretriz para toda a vida internacional durante o século XIX.

Os Estados são, conforme uma doutrina muito divulgada, pessoas soberanas não submetidas ao império do direito senão na medida em que querem reconhecê-lo. A soberania do Estado, na verdade, não é, conforme essa doutrina, o poder sem limite; é somente a capacidade de determinar-se¹⁵¹. No entanto, os limites jurídicos traçados pela vontade soberana não são absolutos. O Estado pode libertar-se de qualquer obrigação jurídica que impôs a si mesmo.

“O desenvolvimento histórico da soberania mostra — como afirma o renomado sábio G. Jellinek¹⁵² — que esta implica a negação de qualquer subordinação ou limitação do Estado por outro poder. O poder soberano do Estado é, portanto, um poder que não conhece nada superior acima dele; é, pois, ao mesmo tempo poder independente e supremo. O primeiro sinal característico revela-se, sobretudo, externamente, nas relações do Estado soberano com outras potências; o segundo revela-se internamente, na comparação com as pessoas que lhe são submissas. Todavia, estes dois sinais característicos estão ligados entre si indissolavelmente.» O

151 G. Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 30 e seguintes.

152 *Allgemeine Staatslehre*, 3ª edição, 1911, p. 175 e seguintes.

sinal da soberania do Estado está, portanto, em não depender senão da própria vontade. “No direito internacional, o Estado também não está juridicamente subordinado senão à própria vontade...” Não é o Estado particular, na verdade, que estabelece as regras do direito internacional. “No entanto, todas as tentativas feitas para direcionar a força do direito internacional a uma fonte jurídica situada acima do Estado fracassaram e fracassarão, segundo G. Jellinek, sempre. Para produzir o direito, a vontade da comunidade internacional deveria ser um novo tipo de *civitas maxima*, ter uma vontade acima dos Estados — o que equivaleria à negação do *processus* histórico que a conduziu ao reconhecimento da soberania”. Consequentemente, “quando a observância do direito internacional entra em conflito com a existência do Estado, a regra jurídica cede, porque o Estado está situado acima de qualquer regra jurídica... o direito internacional existe para os Estados e não os Estados para o direito internacional. A comunidade de Estados é, portanto, de natureza puramente anárquica e o direito internacional... pode ser qualificado como direito anárquico¹⁵³”...

Essa concepção da soberania remonta ao início do século XVI. Foi Maquiavel que libertou seu *Príncipe* — que para ele encarna o próprio Estado — de todas as prescrições do direito, da moral e da religião. A única ideia que o guia é o aumento do poder de seu Estado. Suas regras de conduta são somente aquelas que lhes são impostas pela «razão de Estado¹⁵⁴».

Pensamento similar é encontrado em Spinoza, como já destacamos¹⁵⁵. Entretanto, Duguit observa com razão que o *Contrato Social* de Rousseau, com sua “religião civil”, anuncia também a divinização do Estado¹⁵⁶, proclamada mais tarde pela filosofia de Hegel. Segundo a “tese” desse grande filósofo, os direitos recíprocos dos Estados não têm sua realidade em uma vontade geral constituída acima deles como poder, mas em sua vontade especial.

Essa tese foi energeticamente rechaçada por Triepel para quem um dever jurídico de uma pessoa diante de outra não pode jamais extrair sua força obrigatória de

um compromisso em relação a si mesmo, mas somente de uma fonte superior à vontade das partes contratantes. “Somente a força comum de vários ou de muitos Estados, fundida numa unidade de vontade pela união das vontades dos Estados individualmente, pode ser a fonte do direito internacional”. Se essa vontade comum dos Estados, superior à vontade dos Estados particulares, estiver em contradição com a noção da soberania de G. Jellinek, “seria o momento, declara Triepel abertamente, de revisar com urgência e radicalmente essa noção duvidosa¹⁵⁷”.

A concepção da soberania absoluta do Estado não penetrou na ciência do direito internacional propriamente dita senão com a obra de Vattel. Este autor, com efeito, sustenta que “é da competência de todo Estado livre e soberano julgar em sua consciência sobre o que seus deveres exigem dele”. Foi um pensamento de Vattel — diz Van Vollenhoven em sua excelente obra *Les trois phases du droit des gens*¹⁵⁸ — que erradicou a teoria da *bellum justum* desenvolvida pelos grandes fundadores de nossa ciência, notadamente pela doutrina escolástica¹⁵⁹ e por aquela de Grotius¹⁶⁰. Segundo esta velha doutrina, a guerra é lícita unicamente como *bellum justum*, isto é, no caso de um crime por parte do outro Estado. Portanto, a guerra não é senão *uma execução do direito internacional*. A concepção da soberania em Vattel, ao contrário, torna a guerra de execução um simples duelo, visto que cada Estado livre e soberano pode guerrear quando quiser. Entretanto, se o Estado é soberano nesse sentido, se ele tem o direito de julgar em sua consciência sobre o que seus deveres exigem dele, ocorre logicamente que, na prática, as regras do direito internacional dependem da boa vontade do próprio Estado.

Portanto, essa doutrina conduz necessariamente à teoria já refutada da primazia do direito nacional¹⁶¹, teoria que tem como corolários as duas proposições seguintes: 1º Não há ordem jurídica superior ao Estado, nem mesmo o direito internacional; consequentemente, 2º Não há comunidade jurídica que lhe seja coordenada que seja igualmente soberana¹⁶².

153 *Op. cit.*, p. 376 e seguintes.

154 W. Sukiennicki, *La souveraineté des Etats en droit international moderne* (1927), p. 69 e seguintes; Meinecke, *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte* (1924).

155 Capítulo II.

156 *Revue du droit public* (1918), p. 192 e seguintes. Ver também Sukiennicki, *op. cit.*, p. 172 e seguintes.

157 *Völkerrecht und Landesrecht* (1899), p. 76, nota 2ª.

158 Haia, 1919.

159 *De jure belli ac pacis* (1625).

160 Cap. II.

161 Cap. II.

162 Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat* (tradução francesa por Eisenmann), p. 29 e seguintes.

Ora, se o direito internacional no sentido próprio do termo, tem por objetivo no futuro obrigar os Estados coordenados da comunidade internacional, é preciso renunciar à existência do direito internacional ou ao princípio da soberania absoluta do Estado, porque as duas noções são inconciliáveis¹⁶³. A soberania absoluta do Estado tem, portanto, como consequência lógica a negação do direito internacional.

6.2 A soberania como competência conferida aos Estados pelo direito internacional

Entretanto, ao lado dessa noção da soberania, há também outra inteiramente distinta, que foi fundamentada pelos teólogos fundadores de nossa ciência e desenvolvida por Bodin, Grotius e seus sucessores¹⁶⁴. Como já expusemos no primeiro capítulo, segundo a doutrina medieval das duas espadas, a cristandade unida formava uma pirâmide feudal das autoridades cujos chefes eram o Papa e o Imperador. Ora, *no âmbito internacional*, a proclamação da soberania do Estado declara que o Estado não está mais submetido a um superior, na pirâmide feudal. A soberania constitui, portanto, o caráter de todo o poder *não vassalo*.

Essa noção da soberania encontra suas raízes na doutrina medieval do direito de guerra, pois a Igreja condena qualquer guerra empreendida por aquele que, tendo um superior, não é soberano¹⁶⁵. Assim, entre as condições necessárias à justiça de uma guerra, figurava aquela em que a guerra deve ser declarada por um príncipe soberano. Já Santo Agostinho escreve que “a ordem natural mais favorável à paz dos homens exige que a decisão e o poder de declarar a guerra pertençam aos *príncipes*”. E São Tomás de Aquino afirma que o direito de declarar guerra não pertence a um particular, “porque, para obter justiça, pode recorrer ao julgamento de seu superior”. Entretanto, o que é preciso entender com a expressão: “príncipe que não tem superior?” A isto, Cajetan responde: “quer dizer pessoa pública, mas pessoa pública perfeita”. E Victoria se expressa assim: “A dificuldade toda está em saber o que é um Estado e o que pode propriamente ser chamado de príncipe. A isso

se pode responder: chama-se Estado uma *comunidade perfeita*. Entretanto, resta definir a comunidade perfeita. Com efeito, denomina-se imperfeito aquilo a que falta alguma coisa e, ao contrário, perfeito aquilo a que nada falta. É, portanto, perfeito o Estado (ou a comunidade) que é completo em si mesmo, isto é, que não é parte de *outro Estado*, que tem suas leis, seu conselho e seus magistrados”.

O mesmo autor professa em sua obra célebre *De Indis* que nem o Papa, nem o Imperador são os mestres temporais do mundo. E Suarez escreve: “Muitos duques reivindicam para si o poder supremo e, por outro lado, foi o erro de um determinado número de canonistas sustentar que somente o Imperador era soberano. Na realidade, isto resulta do tipo de jurisdição peculiar de cada Príncipe ou de cada Estado. O sinal da jurisdição suprema é que existe junto ao Príncipe ou ao Estado um tribunal onde terminam todos os debates do *Principado* e não se pode recorrer a um tribunal superior. Toda vez que é possível recorrer a outro tribunal, prova-se que o Principado é imperfeito, porque a apelação é um ato que demonstra a superioridade de um homem sobre outro”...

Tal Estado imperfeito “não pode legitimamente declarar guerra sem a autoridade desse superior. A razão está em que um determinado príncipe pode pedir justiça a seu superior¹⁶⁶”...

Essa doutrina fala, portanto, da soberania de um Estado caso não tenha superior temporal algum e seja o chefe supremo de seus *sujeitos*. Jamais sustentou que a vontade desses Estados seja a fonte suprema do direito; ao contrário, sublinha que o Estado está subordinado ao direito natural, assim como às regras criadas pelo costume internacional. Sua soberania não é soberania absoluta; trata-se de uma *competência* dada aos Estados pelo direito nacional e o direito positivo dos povos. A mesma coisa quanto ao direito de guerra. “Dado que consiste, escreve Suarez, no poder que tem cada Estado ou cada potência soberana de punir, de vingar ou de reparar uma injustiça que lhe tenha sido infligida por outro Estado, *compete ao direito internacional*, visto que, em virtude da razão natural, não era indispensável que esse poder existisse no Estado ofendido: os homens poderiam ter estabelecido outro modo de *vindita*, por exemplo, remeter esse poder a uma terceira potência, instituí-la árbitro com poder coativo; mas o *modo atual* tendo sido *adotado*

163 Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 1-35; Sukienicki, *op. cit.*, p. 89; Kunz, *Revue de droit international* (Genève, par Sottile), 1927, tomo V, p. 3 e seguintes.

164 Verdross, *op. cit.*, p. 18 e seguintes; Mandeistam, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, I (1923), p. 383 e seguintes.

165 Vanderpol, *op. cit.*, p. 76 e seguintes. (É a primeira vez que ele aparece e não se sabe qual é a obra citada).

166 Vanderpol, *op. cit.*, p. 505.

pele costume... É justo do ponto de vista que não se tenha o direito de resistir a ele». O direito de guerra não é, portanto, senão uma competência conferida aos Estados pelo *direito costumeiro dos povos*. Consequentemente, esse direito cessa de existir se o direito internacional é modificado quanto a esse assunto.

Por sua vez, Bodin não explicou a soberania absoluta do Estado. É verdade que afirma que os príncipes que não reconhecem absolutamente superiores, são soberanos, mas acrescenta: “Tanto é que os contratos e testamentos dos particulares não podem derogar as ordens dos magistrados, nem os editos, nem os costumes e as leis gerais de um príncipe soberano. Todavia, as leis dos príncipes soberanos *não podem alterar nem mudar as leis de Deus e da natureza*”. Do mesmo modo, “o príncipe está comprometido com os contratos feitos por ele, seja com seu sujeito seja com o estrangeiro”¹⁶⁷.

O soberano de Bodin não é, pois, um soberano absoluto no âmbito internacional, porque permanece vinculado pelo direito convencional, assim como pelo direito costumeiro que, nessa época, estava mesclado ao direito natural¹⁶⁸.

Além disso, para Grotius e seus sucessores até Vattel, a soberania do Estado nada mais é que uma *competência* dada aos Estados pelo direito da humanidade, visto que seu ponto de partida é o gênero humano. Os diversos Estados são apenas *membros do universo*. Consequentemente, o direito universal que é o direito internacional está superordenado ao direito dos membros, ao direito nacional. Por exemplo, Zouche declara expressamente que os Estados devem sua existência ao direito internacional¹⁶⁹.

A concepção universal da superordenação do direito internacional encontra-se também na doutrina e na prática anglo-saxônica da época. É o antigo sentido do adágio bastante conhecido *international law is a part of common law*. O sentido original dessa fórmula diz que o direito internacional deve ser aplicado, ainda que esteja em contradição com o direito nacional, porque o direito internacional forma a constituição mundial da qual dependem todos os estados civilizados¹⁷⁰.

Portanto, a soberania do Estado não é mais o poder supremo, é somente a expressão da competência conferida diretamente pelo direito internacional. É preciso distinguir de modo claro as comunidades subordinadas diretamente ao direito internacional daquelas que estão encaixadas em um Estado. As primeiras dependem do direito internacional; as outras, ao contrário, não estão em relação direta com esse direito porque subordinadas a um determinado Estado. Por consequência, a competência dessas comunidades está fundamentada sobre o direito estatal enquanto a competência dos Estados encontra seu fundamento somente no direito internacional. E essa competência que decorre diretamente do direito internacional é a soberania, no sentido original do termo¹⁷¹.

Assim compreendida, a extensão da soberania é essencialmente variável, porque essa ideia nada diz dos direitos que os Estados soberanos devem ter. Confirma apenas o fato de que cada competência dessas comunidades lhes é conferida pelo direito internacional.

Com certeza, pode-se analisar a extensão atual dessa competência e declarar que os Estados soberanos têm numa determinada época esses ou aqueles direitos. Entretanto, se a extensão da soberania depende do estado do direito internacional, varia com a evolução desse direito.

Essa ideia da soberania não pode *já* opor-se ao direito internacional, porque o Estado soberano já não pode considerar-se investido de um poder superior a qualquer princípio jurídico. Sua soberania indica somente que não está subordinado a nenhum *outro* poder a não ser o direito internacional.

Os Estados soberanos diferem das comunidades não soberanas pelo fato de que estas estão subordinadas a Estados, enquanto os Estados soberanos não têm outro superior senão o direito internacional.

Por este motivo, um Estado não pode jamais invocar sua soberania a fim de subtrair-se a uma obrigação internacional porque, se sua soberania não é senão uma competência fundamentada sobre o direito internacional, é necessário que o Estado que reivindica uma determinada liberdade de ação prove que esta lhe foi conce-

167 Bodin, *Les six livres de la République* (1576), I, capítulo IX, p. 146 e seguintes.

168 H. Lammasch, *Das Völkerrecht nach dem Kriege* (1918), p. 87; Verdross, *op. cit.*, p. 13 e seguintes.

169 *Op. cit.*, Pars prima, seção I: “... cum *ex hoc fure*... Gentes discretæ sunt regna condita commercia instituta et denique bella introducta...”

170 Blackstone, *Commentaries of the law of England* (1765), IV, capí-

tulo V. Ver também Verdross, *op. cit.*, p. 100 e Kunz, *La primauté du droit des gens, Revue de droit international et de législation comparée* (1925), p. 17 e seguintes; o mesmo autor em Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, I, p. 793 e seguintes.

171 Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechts gemeinschaft*, p. 118.

dida pelo direito internacional ao qual está submetido. Quando, ao contrário, como afirma com razão Politis¹⁷², “para legitimar uma atitude, invoca-se a soberania, deruba-se o ônus da prova, porque se pretende justamente ter o direito de agir a seu modo”...

A noção da soberania como competência baseada diretamente sobre o direito internacional é também a da prática internacional. A diplomacia, de fato, apoia-se algumas vezes sobre o velho dogma, mas os tratados internacionais, assim como as sentenças arbitrárias não duvidam em absoluto de que a soberania do Estado não existe fora do âmbito do direito internacional.

Se, por exemplo, um tratado qualquer pelo qual um Estado cede a outro Estado parte de seu território reza que a soberania sobre esse território foi transferida, vê-se claramente que esta soberania não é outra coisa senão a competência definitiva sobre o conjunto do território cedido, incluso o direito de cessão do território a uma terceira potência.

Como consequência, os termos “direito sobre um território” e “soberania” são empregados frequentemente, de forma alternada. Assim, o artigo 15 do Tratado de Viena, de 1815, determina: “Sua Majestade o rei de Saxe renuncia à perpetuidade... , em favor de Sua Majestade ou rei da Prússia, a todos seus *direitos* e títulos sobre as províncias, distritos, territórios ou partes de territórios do reino de Saxe aqui designadas, e sua Majestade o rei da Prússia terá posse sobre esses países em toda *soberania* e propriedade”. Da mesma maneira, o artigo 34 do Tratado de Versalhes afirma, de um lado: “A Alemanha renuncia em favor da Bélgica a todos seus direitos e títulos sobre os territórios, compreendendo o conjunto dos círculos de Eupen e Malmédy” e continua, por outro lado: “Durante os seis meses que se seguirem à entrada em vigor do presente tratado, registros serão abertos pela autoridade belga em Eupen e Malmédy e os habitantes dos citados territórios terão a liberdade de expressar por escrito o desejo de ver todo ou parte desses territórios sob o poder alemão”. E o artigo 37 do mesmo tratado cita a “*transferência definitiva* da soberania sobre os territórios atribuídos à Bélgica”.

Todavia, o termo soberania não significa somente a competência *territorial* definitiva do Estado; visa também a sua competência exclusiva em relação aos *sujeitos* em seu território. Por exemplo: a última alínea do preâmbu-

lo do tratado da Grécia com as Principais Potências, de 10 de agosto de 1920, referente à proteção das minorias, reza: “Considerado, enfim, que a Grécia deve ser liberada também de outras obrigações que contraiu frente a certas potências e que constituem uma restrição a sua plena *soberania* interna”. Este trecho utiliza, portanto, o termo soberania interna no sentido de competência *normal* do Estado em relação aos habitantes de seu território. Uma restrição da plena soberania interna não é, portanto, outra coisa senão uma restrição convencional da competência do Estado sobre a base do direito internacional comum.

O termo soberania tem um sentido análogo no artigo 2º do Tratado de Paz entre a Polônia e a Rússia, de 12 de outubro de 1920. Lê-se: “As duas partes contratantes garantem reciprocamente o respeito de sua *soberania* nacional, a abstenção de qualquer intervenção nos assuntos internos da outra Parte¹⁷³...”

Entretanto, fala-se também de soberania para expressar o direito do próprio Estado de decidir uma questão. Assim, conforme o artigo 16 do Pacto da Sociedade das Nações, os Membros da Sociedade estão obrigados a romper imediatamente todas as relações comerciais e financeiras com o Estado que recorre à guerra, contrariamente às cláusulas do Pacto; contudo, a decisão da questão se há ou não ruptura de Pacto é deixada aos Estados particulares. Motta, representante da Suíça na 2ª Assembleia, falou no caso de um direito *soberano*. «É preciso entender que há Estados que permanecem os juízes *soberanos* dessa obrigação...”

Constata-se, portanto, que o termo soberania nem sempre tem a mesma extensão. Todavia, em todos os casos analisados, não se trata de um poder ilimitado acima do direito internacional, mas de direitos dos Estados *sobre a base do direito internacional*. Um conflito entre a soberania do Estado assim entendida e o direito internacional é logicamente impossível, uma vez que todo poder soberano deve provar que decorre do direito internacional.

Encontra-se o mesmo ponto de vista na Sentença nº 1 da Corte Permanente de Justiça Internacional, concernente ao assunto do vapor *Wimbledon*.

No texto, a Corte diz expressamente: “A Corte recusa-se a ver na conclusão de qualquer tratado, pelo qual

172 Politis, *op. cit.*, p. 21.

173 *Recueil des traités de la Société des Nations*, IV, (1921), p. 34 e seguintes.

um Estado se compromete a fazer ou não alguma coisa, um abandono de sua soberania. Sem dúvida, toda convenção envolvendo uma obrigação desse gênero contém uma restrição ao exercício dos direitos soberanos do Estado... mas a faculdade de assumir compromissos é precisamente um atributo da soberania do Estado.” E no parecer consultivo referente aos decretos de nacionalidade, promulgados em Túnis ou em Marrocos, a Corte declara que a extensão da soberania depende do estado do direito internacional atualmente em vigor. “A questão de saber se determinada matéria entra ou não no âmbito exclusivo do Estado é uma questão *essencialmente relativa: depende do desenvolvimento das relações internacionais*¹⁷⁴.”

Em outro trecho do mesmo parecer, a Corte declara: “Considerando que inicialmente convém destacar que a questão de soberania de uma nação para legislar em matéria de nacionalidade sobre seu campo domina a situação... e que a aplicação desse princípio... não pode ser *refutada ou suspensa senão por uma regra formal do direito internacional* aplicável aos fatos da causa ou por uma cláusula dos tratados ou convenções internacionais existentes entre as partes¹⁷⁵”. Resulta daí que, segundo o parecer da Corte, mesmo a soberania legislativa do Estado sobre seu território não é ilimitada, mas uma competência nos limites estabelecidos pelo direito internacional.

Estamos, portanto, na presença de duas noções da soberania no âmbito internacional. Uma é a da soberania ilimitada que supõe o pensamento do Estado onipotente, criador de todo direito. Está em plena contradição com o fato do direito internacional e da comunidade internacional. A outra, ao contrário, nada mais é que uma criação do próprio direito internacional, porque é uma competência que o direito internacional confere aos Estados e que varia com o desenvolvimento do direito internacional.

Portanto, pode-se ainda chamar de soberania tal competência? Não seria necessário eliminar completamente esse termo da linguagem jurídica? O problema, ainda que seja, sobretudo, uma questão de terminologia, não é sem importância, porque de um lado, o termo soberania desperta a falsa ideia da onipotência do Estado e parece justificar todas as pretensões arbitrárias dos governos¹⁷⁶. Todavia, deve-se reconhecer que o termo dis-

tingue claramente a competência das comunidades que estão subordinadas apenas ao direito internacional daquelas que não estão em relação direta com este último, mas submetidas a um determinado Estado. Se, libertado dos dogmas e reduzido à realidade internacional que demonstra em tudo a interdependência recíproca dos Estados, o termo soberania pode ser mantido com a condição de que seja sempre ressaltada a diferença fundamental entre a soberania absoluta, de um lado, e a soberania como competência internacional, de outro. A soberania absoluta é, com efeito, uma noção extrajurídica, porque considera o Estado, em última instância, como poder acima do direito; a soberania-competência, ao contrário, acentua precisamente que todas as competências do Estado, mesmo seu âmbito reservado, decorrem do direito internacional e que, como consequência, toda a atividade do Estado deve conformar-se às regras do direito internacional.

Kelsen¹⁷⁷, assim como Sukiennicki¹⁷⁸, é verdade, se recusa a aceitar tal noção de soberania relativa. Se a soberania, questionam, não deve mais responder à ideia do superlativo, se, conseqüentemente, não é mais uma noção absoluta, porém uma noção relativa por excelência, por que não se pode falar, por exemplo, da soberania dos municípios? Se não se exige mais que o Estado soberano seja supremo, mas somente superior a todas as demais organizações humanas, exceção feita para aquelas que se encontram ao lado do Estado e em pé de igualdade no mesmo sistema jurídico regido pelo direito internacional, poder-se-ia chamar da mesma forma soberano o município. Afinal, este também está acima dos indivíduos e das famílias e é igual aos outros municípios que se encontram no mesmo sistema estatal.

Sem dúvida, esta objeção tem razão de ser, considerando que nega a existência de uma diferença essencial entre o Estado e as outras organizações jurídicas, se entendermos como diferença essencial uma diferença extrajurídica, pois no domínio jurídico não pode haver senão diferenças jurídicas, isto é, diferenças que se destacam do conteúdo do direito. Ora, a diferença jurídica entre o Estado e as organizações subordinadas ao Estado consiste precisamente no fato de que o Estado é uma organização *diretamente* subordinada ao direito internacional, enquanto as organizações englobadas no

174 Parecer nº 4, p. 24.

175 Parecer nº 4, p. 12.

176 Politis, *op.cit.*, p. 20.

177 *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 39 e 244 e seguintes.

178 *Op. cit.*, p. 312 e seguintes.

Estado não têm regularmente relação direta com esse direito. Consequentemente, somente a competência dos Estados deriva *diretamente* do direito internacional.

Entretanto, como essa competência é muito mais ampla que as competências derivadas do direito estatal, é justo reservar o termo soberania à competência dos Estados sobre a base direta do direito internacional.

Todavia, se a competência dos Estados é limitada pelo direito internacional, a competência da Comuni-

dade Internacional é juridicamente ilimitada, porque a competência da competência lhe pertence. Entretanto, essa competência não é mais uma soberania absoluta, se a entendermos como um poder arbitrário, porque a própria comunidade internacional está encarregada de uma missão social. Assim, a comunidade internacional como instância suprema na pirâmide das autoridades temporais é, de fato, juridicamente ilimitada; apesar disso, está submetida às regras da humanidade e da justiça.